J. vom Stadt.

Hoff

Schmittbenpes

Ueber

Verträge,

insbesondere

das Reuerecht,

nach

römischen und deutschen Grundsätzen,

mit

besonderer Berücksichtigung des Preußischen Allgemeinen Landrechtes.

Nebst einem Anhange gegen Dr. E. Gans,

von

Dr. Karl Schmitthenner.

Gießen 1831.
Druck und Verlag von Georg Friedrich Heyer, Vater.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Seiner Excellenz

dem Königlichen Wirklichen Geheimen Rathe und Director der Königlichen Ministerien der Geistlichen-, Unterrichts- und Medicinal-Angelegenheiten und der Justiz, Doctor beider Rechte, Ritter hoher Orden ꝛc.

Herrn von Kamptz

in

Berlin

ehrfurchtsvoll gewidmet

von dem

Verfasser.

Waren auch Eurer Excellenz ausgezeichnete Verdienste um Wissenschaft des Rechts überhaupt und Ausübung unseres vaterländischen Rechtes insbesondere dem Verfasser des vorliegenden Werkchens sehr wohl bekannt, so bestand diese Kunde doch, so lange er selbst noch kein Urtheil hatte, natürlich mehr in dem, was ihm Andere als ihre Meinung mitgetheilt. Jetzt aber, nachdem er glaubt, selbst ein Urtheil haben zu dürfen, und nach-

dem er auch durch seinen Cursus in praktischer Anwendung des Rechtes seines preußischen Vaterlandes die lebendigste Ueberzeugung gewonnen hat, daß gerade Dasjenige, was Eure Excellenz für das richtige Verständniß der vaterländischen Gesetzgebung zu thun sich die Mühe gegeben, zum großen Theil das Mittel geworden sind, in den Geist dieses im Ganzen musterhaften und über den Tadel unbefugter Krittler erhabenen Rechtsgebäudes einzudringen, hat sich die Gewißheit dieses selbstenen Verdienstes bis zu ungeheuchelter Verehrung bei ihm gesteigert. Das vorliegende Buch, das Erstlingswerk seiner Muße, wußte der Verfasser nicht würdiger zu entlassen, als indem er dasselbe zugleich zum Mittel machte, seinem Gefühl hiermit öffentlich Worte zu leihen. — Möge dasselbe nicht unwürdig befunden werden, den Namen eines Mannes an der Spitze zu tragen, der sich ein bleibendes Denkmal in der Geschichte unserer Gesetzgebung aufgerichtet hat!

Asbach, den 24sten April 1831.

Dr. Karl Schmitthenner.

Vorwort.

Die Grundlinien und der wesentliche Inhalt der hier gelieferten Abhandlung waren schon vor längerer Zeit von dem Verf. zwar zu anderm Zwecke niedergeschrieben, jedoch auch bestimmt, dem Publicum übergeben zu werden. Zwei Umstände hielten ihn bisher davon ab. Einmal schien ihm bei einer Revision seiner Ausführungen, als ob einzele Punkte einer Erweiterung und somit ausführlichern Begründung fähig wären; — diese wollte er dann noch gerne anbringen. Sodann aber und besonders war die Versuchung zu groß, die Ansichten von Dr. E. Gans in seiner Schrift: „Ueber römisches Obligationenrecht," einer besondern Prüfung zu unterwerfen, was im ersten Entwurf gänzlich unterblieben war, weil es schien, daß dieser selbstständig neben Gans werde bestehen können.

Die durch ein geschäftsreiches praktisches Staatsamt auferlegten Pflichten erlaubten dem Vf. indessen nicht mit heiterm Geiste und ungeschwächter Kraft an diese Arbeit zu gehen. Erst jetzt hat er es wieder vermocht, seiner äußern Verhältnisse auf einige Zeit und insoweit Meister zu werden, als nöthig war, um sich mit Lust der Wissenschaft zuzuwenden. Er hat diesen Augenblick benutzt, um seine Absicht zu verwirklichen, muß allerdings aber bedauern, dennoch nicht vollständig die Muße gewonnen zu haben, die nöthig sein dürfte, um seinem Werkchen die Vollendung zu geben, welche

ihm den Beifall der Kenner erwerben würde. — Seine frühern Ausführungen abzuändern, hat er nicht nöthig gefunden; ob aber die Versuche, jene zu vervollständigen, und besonders der gegen Gans gerichtete Anhang überall und inwieweit auf Richtigkeit und Giltigkeit Anspruch machen dürfen: — das ist es, worüber er gerne genauer belehrt sein möchte, und das ist es auch, warum er die Arbeit dem Druck übergeben. — Obgleich nämlich, wie erwähnt, der Verf. anfänglich dafür hielt, daß seine Ausführung neben der von Gans und unabhängig davon ins Publicum wandern möge, so glaubte er doch später, es sich nicht versagen zu dürfen, in einem Anhange manche und die einflußreichsten Behauptungen von Gans zu beleuchten, weil diese zum Ziel hatten, den Gegenstand der vorliegenden Arbeit moralisch zu tödten, womit sich denn deren Nutzlosigkeit von selbst zu Tag gelegt haben würde. Da diese Ausführung unabhängig von denen Anderer und auf eigene Weise versucht worden, so schien es, als ob auf diese nicht weiter Rücksicht zu nehmen sei, ohne daß damit der Verdienstlichkeit derselben, z. B. jener von Mühlenbruch, Meno Pöhls, im geringsten zu nahe getreten werden soll.

Ueber die Anordnung der Abhandlung bleibt wenig zu sagen. Möchte es auch scheinen, als ob dahin nicht ganz gehörige Dinge erörtert, oder andere verkehrt geordnet seien — soviel bleibt gewiß: ist Taugliches geliefert, so ist es dem Freunde der Wissenschaft und Wahrheit jederzeit, jeden Ortes und in jeder Form willkommen; das aber, was an sich keinen Werth hat, kann mit der Form nichts gewinnen. Auch schrieb der Verf. nur für Diejenigen, die es ernstlich gut mit der

Wissenschaft meinen, weil er nur von solchen beurtheilt sein möchte. Ueberhaupt indeß ist er der Meinung, daß ein jeder Streit über die mehr und minder bessere Form der Darstellung — weil dabei subjective Vollkommenheit oder aber Unvollkommenheit für objectives Werthmaß ausgeboten wird — in der Regel wenigstens sehr unnütz bleibt. Wenn dem Verf. aber Jemand besonders vorwerfen wollte, es sei bei den Argumenten von Gans mitunter zu sehr ins Kleinliche gegangen, und es seien Gründe desselben zu widerlegen versucht worden, die dessen gar nicht bedurft hätten, so muß er vollkommen Recht geben. Allein wenn es nur diejenigen, die eines solchen Glaubens sind, wären, wenn nur aus ihnen die Zahl der Rechtsgelehrten bestände, so hätte es wohl gar keiner Widerlegung von Gans erfordert; während aber noch zur Zeit eine bedeutende Abtheilung derselben sich durch die Argumentationen von Gans, so scheint es, allerdings hat überzeugen lassen.

Am wenigsten bangt dem Verf. vor dem Vorwurfe, daß er mit seiner Arbeit überhaupt etwas Unnützes unternommen. Es fühlt wohl jeder, der sich ernstlich mit unserer Wissenschaft beschäftigt, wie sehr viel noch darin zu thun und aufzuräumen sei. Daher mag jedes redliche Streben, einen Beitrag zu liefern, nicht schnöde und vornehm abgewiesen werden. Gerade aus jener Mangelhaftigkeit unserer Wissenschaft erklärt sich ja auch das rühmliche Bemühen, derselben jetzt einen mehr scientifischen Standpunkt anzuweisen, was sogar einer Klasse von Juristen den Namen der philosophischen erworben hat. Es kann hier der Ort nicht sein, darüber mehr zu sagen. Allein der Verf. glaubt doch bemerken zu müssen, daß, wenn die Philosophie überall mit so ver-

ständiger Ueberlegung, mit so klarem Denken gehandhabt wird, wie dies unter andern ein äußerst scharfsinniger Jurist: C. C. Collmann, neuerlich in zwei Werken gethan hat (Grundlinien des Beweises. Braunschweig 1822. — Lehre vom Strafrecht. Köln 1824), so erscheint nichts wünschenswerther und erfreulicher als eine solche Behandlung des Rechts; — dann aber dürfte auch jener Streit der historischen und philosophischen Schule nicht lange unentschieden bleiben.

Wo indeß eine philosophische Behandlung der Wissenschaft in halbverstandenen Phrasen und geheimnißvoll klingenden, an sich aber nichts sagendem Wortschwall sich fortbewegt, wie es freilich und leider nur zu häufig ist, da kann wenig Ersprießliches sich ergeben, und wird sich die historische Schule immer viel sicherer in ihren Forschungen und selbst verständiger in ihrem Beginnen dünken müssen.

Die Berücksichtigung einer neuen, aus einem eigenthümlichen Grundprincip erschaffenen Gesetzgebung, des allgemeinen preußischen Landrechts, schien dem Verf. nicht unzweckmäßig und er muß es nur bedauern, daß die Tendenz dieser Blätter ihm nicht gestattete, die angestellten Vergleichungen weiter auszudehnen.

Wegen der Form der gegen die Ansichten Anderer gerichteten Ausführungen bemerkt der Verf. endlich, daß es in redlichem Suchen nach dem Wahren auf polirte Redensarten nicht ankommen kann, und wenn seine Deductionen mitunter vielleicht etwas derb erscheinen sollten, so gelten sie doch lediglich der Sache und der immer derben Wahrheit.

Der Verfasser.

§. 1.

Wenn wir auch veranlaßt und geneigt sind, diese Abhandlung, nicht unähnlich der erbaulichen Rede eines zelotischen Pietisten, mit der einer Klage fast gleich klingenden Erinnerung an die Schwäche des Menschengeschlechts zu eröffnen, so geschieht dies hier doch nicht, wie wohl dort, um solche Mangelhaftigkeit zum Gegenstande eines mißbilligenden Vorwurfes zu machen; vielmehr benutzen wir diese Erinnerung nur, um darin das Mittel zur Erklärung einer nicht angenehmen Erscheinung in dem Gebiete unserer Rechtswissenschaft aufzufinden, die zu bekämpfen wir uns unterfangen und welche vielleicht durch jene Erklärung selbst ihre Bedeutung größtentheils verlieren möchte, — was dann gerade für die Zweckmäßigkeit des Erklärungsversuches das rechtfertigende Wort spräche.

Die Klage selbst ist nun diesmal: wie schwer es für den Menschen, schon vermöge seiner zwiefaltigen, d. i. übersinnlich-sinnlichen Natur ist, sich vom Zwange des Vorurtheiles und der Macht der Gewohnheit zu befreien; des Gepräges, was seinen Meinungen und Ansichten durch Gewohnheit und ererbtes Vorurtheil von vornherein aufgedrückt worden, sich zu entledigen; den hemmenden Druck solcher Wirkungen abzuschütteln und, rettend die Freiheit seiner Geisteskräfte, sich über das Gewirre und die störenden Einwirkungen der menschlichen Verkehrtheiten hinaus zu erheben. Schwer und darum fast selten aber will dies gelingen, sich aufzuschwingen nämlich bis dahin, wo sich klar erkennen läßt, was die Dinge an sich sind und was dieselben

ben, nachdem sie durch die Hände der Menschen, die nicht immer die besten Bildner, gegangen, noch zu sein scheinen *).

So geschieht es, daß wir — umgeben von dem, was eine positive, bis ins Detail ausgebildete Gesetzgebung ringsher angeordnet hat; gewöhnt, die Gestalten und Erscheinungen in dem Gebiete des Rechts, die nur Produkte jener Anordnungen, also Folgen gerade unseres Rechtes sind, beständig sich wiederholen und aufs Neue in derselben Art sich immerdar erzeugen zu sehen — begreiflich und leicht dahin kommen, diese Erscheinungen befangen genug für Resultate dessen, was Recht an sich ist, zu halten, — während dieselben eigentlich doch nur die des uns eigenthümlichen Rechtes sind, was sich zu jenem Recht an sich verhält, wie Species zu Genus, wie Religionssecte zu Religion, — wie Rechtstheorie zu Rechtswissenschaft. Schwer mag und muß es alsdann werden, wenn wir lange hin in diesem bequemen Geleise fortgefahren, sich von der Einseitigkeit solcher Theorie vollständig loszusagen, und den Standpunkt der freien unbefangenen Erkenntniß zu erringen, den nämlich, wo sich vor unserm Geiste, wie vor der Sonne das Licht und das Dunkel, klärlich scheidet, was die Dinge in dem Gebiete des Rechts an sich sind und was dieselben unter der Menschen Hände geworden.

Darum will unter andern — um gleich unserer Sache näher zu rücken — auch so selten gelingen die richtige

---

*) Indem der Verf. solche einseitige Befangenheit der Erdensöhne andeutet, ist er keineswegs anmaßend genug, zu glauben, daß es ihm gelungen, sich derselben zu entledigen — was vielleicht aus Obigem geschlossen werden könnte. Nein, auch er ist sich wohl bewußt, jene menschliche Unvollkommenheiten zu theilen, allein auch er hat das mit noch vielen andern gemein, daß er die beengende Schranke, welche seinen Gedanken- und Vorstellungs-Kreis umgiebt, besser zu fühlen, als zu erweitern oder gar zu durchbrechen vermag.

Auffassung dessen, was, abgesehen und gänzlich abstrahirt von allen positiven Einrichtungen und Rechtsverfassungen, wohl als Recht der Menschen als solcher, als allgemeingültiges Recht erscheinen möge; — darum der noch andauernde Streit über das, was Naturrecht genannt wird und was so genannt werden sollte.

Es ist mit dieser Unentschiedenheit und durch die schroffe Verschiedenheit der Meinungen über dasjenige, was Inhalt des s. g. Naturrechts sein möge, auch wohl von selbst erklärt, warum den Rechtsgelehrten und Philosophen, von denen wir wissen, daß sie sich mit der Cultur unseres römisch-teutschen Rechtes oder aber auch wohl des Naturrechtes befaßt haben, es bis jetzt noch keineswegs hat gelingen wollen, sich jemals genügend darüber zu verständigen und unter sich darüber ins Reine zu kommen: ob Verträge auch ohne irgend eine positive Sanction eine bindende Kraft haben; ob durch die beiderseitige Uebereinkunft, durch die conventio selbst und allein, für die Paciscenten eine dieselben fortdauernd bindende Norm erzeugt werde; ob diese Norm allein schon in der conventio liege, oder (wie man die Frage auch wohl auszudrücken pflegt) ob Verträge schon nach dem Naturrechte verbindlich und erzwingbar seien. Viele Rechtsgelehrte, viele Philosophen haben hierüber eine Stimme abgegeben. Man würde sich wundern können, daß nachdem so viele, mitunter groß Berechtigte, ihre Meinung niedergelegt, noch ein Streit darüber sein dürfe, wenn nicht die in den obigen Andeutungen über die Schranken und Wehre in dem Strome des menschlichen Wissens bezeichneten ewigen Marken für irdische Ausbildung in der irdischen Unvollkommenheit selbst gelegen wären.

So finden wir in fast allen Erklärungen und Deductionen über die oben bezeichnete Frage, das Vorurtheil ge-

wohnter Ansicht durchschimmern, indem bei weitem meistens dabei die Voraussetzung, wie ein erbsündlicher Fehler, nebenher schreitet: es müsse diese Frage doch jedenfalls mit einem „Ja" entschieden werden, dergestalt, daß die Erörterung über die Frage selbst sich umgestaltet in die Nachweise über die besten und triftigsten Gründe für die Bejahung. Ob aber die Voraussetzung selbst nicht etwa unrichtig sei, das konnte, so scheint es, nicht bedacht werden, weil man sich ihrer noch gar nicht zu entschlagen vermocht — wovon doch die Richtigkeit des Urtheiles darüber, begreiflich relevirte *). Das an sich zweckliche und wohl auch seinem Gehalt nach lobenswerthe Streben mußte sich sonach sehr häufig in seiner einseitigen Richtung verlieren, in ein mehr ängstliches Bemühen um die Gründe für jenes Ja —, welcher Gründe dann und ebendaher gar mancherlei erdacht und aufgeführt sind.

Faßt man nun die Frage genauer ins Auge, so ist sie dieselbe und keine andere, als wenn man fragt: ob die Willenserklärungen, insofern dieselben bei einem Vertrag übereinstimmend sind, eine über ihre Erscheinung selbst hinausgehende rechtliche Wirkung haben? Die Verbindlichkeit, der Obligationsnexus, wovon es sich handelt, soll die Wirkung eines Vertrages sein, nur dieser Vertrag gründet sich auf eine Willenserklärung. Jene Verbindlichkeit soll sich mithin aus der Willenserklärung erzeugen, also noch nach ihr, als deren Folge sein, über diese selbst hinausgehen —, so wie eine jede Wirkung in solchem Sinne über ihre Ursache hinausgeht, sich weiter erstreckt als diese letztere.

So wie dies, so scheint es aber für die richtige Beur-

---

*) Es dürfte kaum zu läugnen sein, daß christlich-religiöse Ansichten überall mit zur Untersuchung gebracht sein mögen, die jedenfalls die rechtlichen Ansichten richteten.

theilung der Sache weiter von Nutzen, daß man sich klar mache, wie bei unserer Frage es jedesmal sich nur von der Erklärung des einen Paciscenten handele, und wie sie soviel heiße: ob der andere hierdurch, durch die Erklärung, ein Recht erworben habe, deren Erfüllung nun auch zu fordern. Denn ganz einerlei und gleichgültig ist es hierbei, ob auch wiederum der Eine die Erfüllung einer (andern, d. i. der) Gegenwillenserklärung wolle, weil dies jedesmal ja ein besonderer, vom ersten verschiedener und unabhängiger Anspruch ist. Die Wichtigkeit und Richtigkeit dieser weitern Vereinfachung unserer Frage ergiebt sich schon daraus, daß bei manchen Verträgen, z. B. der Schenkung, in Rücksicht des vorliegenden Punktes, überhaupt nur von einer Willenserklärung die Rede sein kann, indem vernünftigerweise hier die Erklärung der Annahme für unsern Zweck nie in Betracht zu kommen vermag, weil nie die Rede davon sein kann, ob der rein Beschenkte späterhin auch das Geschenk anzunehmen verpflichtet bleibe.

Gleichmäßig ist es auf der andern Seite wieder undenkbar, daß, sobald beide Contrahenten zugleich die Erfüllung wollen, noch von einer Frage die Rede kommen könne: ob jeder an sein Versprechen gebunden sei, denn so wie sie alsdann über ihr gegenseitiges Verhältniß gerade einig sind, so liegt in der absichtlichen Fortdauer desselben auch eine beständige stillschweigende Wiederholung ihrer frühern Erklärungen. Vorliegend aber soll es sich davon handeln, wie es wohl alsdann sein müsse, wenn sie sich nicht mehr einig, ihre beiderseitigen Willen nicht mehr dieselben und nicht mehr in Harmonie seien.

Hierdurch wird die oben angegebene Fassung der Frage von selbst gerechtfertigt erscheinen, welche Frage, um sie vor Mißdeutungen vollends zu wahren, man nun auch so setzen mag: Kann die Erfüllung eines gemachten und ange-

nommenen Versprechens, so lange letzteres noch ein solches ist, also einer bloßen Zusage, gefordert werden?

§. 2.

Ob die bloße Zusage, d. i. ein Versprechen, gleichzeitig die Pflicht enthält, sie nun auch zu erfüllen, wird darauf ankommen, was das Wesen derselben sei, was sie enthalte. Sie enthält die Erklärung des Willens, als eine in der Zeit sich äussernde Erscheinung desselben; sie ist aber keineswegs noch der Wille selbst, sondern nur dessen Abbildung, gleichsam seine Hypotypose. Da nun der Wille, gleich Willkühr, an sich keine Schranke hat, nicht in Fesseln gelegt werden kann, eben weil er ein Akt absoluter Freiheit ist, so kann auch durch den in Bezug auf den Willen selbst mehr zufälligen Umstand, daß derselbe in seiner Erscheinung abgebildet, erklärt wird, an ihm selbst, d. i. seinem Wesen, das gerade in der ungeschmälerten Freiheit besteht, sich keine Aenderung ergeben, denn hierdurch wird ja keine seiner bisherigen Qualitäten aufgehoben, und keine neue ihm zugebracht. — Dies ist es nun, warum die Pollicitation, das Gelübde, keine Wirkung dahin äußern kann, den Auctor vor dessen äußerm Forum zu verpflichten *).

Inwiefern indeß durch den Vertrag, dessen Wesen gerade in der Acceptation der Pollicitatio, des Versprechens, besteht, hierin etwas geändert werde, muß sich ergeben, sobald man das Wesen dieser Acceptation erfaßt. Dieselbe ist nun gleichfalls, wie auch die Pollicitation, eine Willensäußerung, eine Erscheinung des Willens, eine Abbildung desselben in der äussern Welt — es ist die Hypotypose des Willens des Acceptanten. Das Charakteristische

*) Die Ausnahmen bei Gelübden zum Besten des Staates, oder der Kirche sind zu sehr positiver Natur, um hier etwas bedeuten zu können.

des Vertrags, wodurch er sich vom Gelübde unterscheidet, besteht mithin darin, daß der Wille des Promittenten und jener des Acceptanten gleichzeitig hervortreten, in Harmonie gebracht, d. h. sich ganz gleich geworden sind, indem sie eins werden — die Erklärung des einen Individuums ist zugleich die eines andern, zu jenem ist diese hinzugekommen. Dies Hinzukommen kann aber begreiflich nur ein äußerliches, accidentielles sein, das insofern für die andere Erklärung, zu der es hinzukömmt, zufällig bleibt, als es dieselbe in sich nicht abzuändern, nicht zu modificiren vermag; denn der in dieser andern Erscheinung abgebildete Wille wird damit nicht anders qualificirt, noch in seinem Wesen verändert, weil auf dieses Wesen jene weitere Erklärung, als bloß eine zweite Erscheinung, nicht einzuwirken vermag und nicht einwirken darf. Es kann und wird demnach von keinem Einflusse auf den ersten Willen sein, daß auch noch ein anderer ihm selbst ganz gleicher Wille in die Erscheinung trat.

Sahen wir nun oben, daß in der Erklärung oder äussern Erscheinung des Willens nichts enthalten sein könne, was denselben, als ursprünglich freien, abzuändern und zu fesseln vermöchte; wissen wir, daß auch in der weitern Erscheinung, d. i. Erklärung eines zweiten, andern Willens nichts liegen könne, was im Stande wäre, dies Verhältniß zu modifiziren: so ist damit es von selbst gegeben, daß auch in dem Vertrag, der in der Erklärung von ihrer Acceptation besteht, keine bindende Norm, keine Beschränkung für den Willen enthalten sein kann.

Dies heißt nichts Anderes, als in der gleichzeitigen Erscheinung, oder Erklärung dieser beiden sich gleichen Willen kann es nicht liegen, daß der eine oder andere nicht geändert werden darf. Wenn also eine solche Verbindlichkeit bei der Erklärung festzuhalten, wenn eine bindende Norm aus einem Vertrage resultiren soll, so muß der Grund

in etwas Anderem enthalten sein, als gerade in dem Vertrage selbst. Dies Andere aber, was wird es sein können, wenn nicht eine positive Sanction? Damit ist es nun gleich: daß nicht schon nach dem Naturrechte, sondern erst durch irgend eine Bestimmung der Staatsgewalt, des Gesetzgebers, die Verbindlichkeit der Verträge erzeugt werden kann *).

§. 3.

Der hier ausgesprochenen Ansicht der Dinge hat es nun aber keineswegs gelingen wollen, sich ein irgend weit verbreitetes Ansehen oder eine häufige Anerkennung zu verschaffen. Vielmehr ist nach dem Inhalte der obigen Andeutungen — und überhaupt ist dies ja eine bekannte historische Thatsache — fast allgemein der Glaube verbreitet, daß die gegenseitige Erklärung, die conventio, selbst schon die bindende Kraft in sich trage, oder was dasselbe ist: daß die Verträge nach dem Naturrecht verbindlich seien. Es wird daher hier zweckdienlich erscheinen, die Gründe für solche Ansicht in Kurzem näher zu beleuchten.

Wollten wir die Argumentationen alle aufführen und einzeln niederlegen, die seit lange und von jeher für jene, der hier aufgestellten entgegengesetzte Ansicht, bald in diesem, bald in einem andern Gewande vorgebracht sind, so

---

*) Es kann wohl nicht wundern, daß in dieser Deduction der Wille gleich einem Naturgegenstand behandelt und gleichsam Naturgesetze darauf angewendet erscheinen; denn nichts anderes geschieht auch eigentlich, indem man umgekehrt die verbindende Kraft aus der Erklärung des Willens herleitet. Die sämmtlichen andern Gründe für die gegentheilige Meinung sind nichts als ein Apparat moralischer, d. h. religiöser, oder aber s. g. legislativer Gründe, die hier noch zur Zeit nichts bedeuten können. Denn sobald diese mit ihren heilsamen Folgen einmal wirksam werden, dann erscheint der Mensch schon in den freundlichen Gefilden des bürgerlichen Vereines, oder als Staatsbürger, während wir ihn hier noch in den öden Triften des s. g. Naturzustandes wandeln sehn.

würde dies den Zweck der vorliegenden Arbeit bei weitem verfehlen, indem es uns auch zu sehr von unserm Hauptgegenstande entfernte. Darum wird es nöthig, so wie es auch des Gehaltes jener Gründe wegen schon vollkommen genügen dürfte, sich auf die hauptsächlichsten und gepriesensten zu beschränken. Was dabei, nach des Verfassers Dafürhalten, am meisten Gehalt und Wichtigkeit zu haben scheint, das ist in Folgendem zusammengedrängt:

„Das Rechtsgesetz, als solches, als eine Regel, wo„nach das Zusammenbestehen und Zusammenwirken freier „Menschen Statt haben soll, ohne das es nicht sein kann, „gebietet direct nichts, sondern erlaubt bloß *). Es erlaubt „nun das Rechtsgesetz einem jeden, in der ihm durch es „angewiesenen Sphäre frei zu wirken und dagegen auch je„den Andern von aller Einwirkung hierauf abzuhalten. Al„lein dieses Ausschließen der Andern ist nicht absolut, son„dern damit und nur insoweit bedingt, daß die Freiheit „eines Individuums nicht gänzlich aufgehoben werde, daß „aber diese bestimmte Rechtssphäre gerade ungeändert bleibe, „ist keineswegs nöthig. Daher kann mit Willen des Indi„viduums, des Rechtssubjectes, eine Veränderung dieser

*) Diese und ähnliche Deductionen dürften nichts anderes sein, als eine Geburt jener trostlosen Ansicht von dem Staat und der Idee des Staates, wonach derselbe, eine Anstalt von Menschenhänden künstlich auferbaut, lediglich darin besteht, daß man sich gegenseitig beschränke, insoweit dies nöthig ist, damit die Coexistenz und der noch bleibende Rest von Freiheit Aller bestehen möge. Diese Ansicht des Staates ist leider die vorherrschende und hat noch neuerlich ihren Culminationspunkt zu erreichen gestrebt in der Deduction von Ancillon. Berlin 1820. Darin wird dann freilich consequenterweise auch die souveräne Gewalt selbst, als ein, wenn auch nothwendiges, doch bloßes Mittel zu dem für sehr irdisch und endlich ausgegebenen Zwecke des Staates angesehen, während die Souveränität doch ebenso gut Selbstzweck ist, wie das Ganze des Staates selbst, und keineswegs sich zu dem letztern gleichsam als eine dienende Magd verhält!

„Rechtssphäre Statt finden, weil hiermit die Freiheit desselben bestehen bleibt. Jener Wille muß aber gewiß sein, „was er durch seine Erklärung, als seine Bekanntmachung „wird. Ist nun Letzteres, nämlich die Erklärung in Bezug „auf ein anderes Individuum geschehen, so hat dies letztere „das Recht, die durch meine dahin lautende Erklärung: „„ihm solche überlassen zu wollen," nach meiner freien Will„kühr aus meiner Rechtssphäre ausgeschlossenen Gegenstände, „in die Sphäre seiner Wirksamkeit auf- und hinüber zu „nehmen; es hat somit das Recht, mich zu zwingen, daß „ich mich aller fernern willkührlichen Einwirkung auf diese „Objekte enthalte; zu fordern, daß ich ihn in seiner „Wirksamkeit und der Unterordnung dieser Gegenstände un„ter seine Zwecke nicht hindere —, es kann mich also zwin„gen, meine Zusage zu halten."

In dieser Deduction ist beiläufig Alles begriffen, was man in Bezug auf unsere Frage — so scheint es dem Verfasser — von Bedeutung zu sagen gewußt hat. Allein es dürfte dasselbe doch bei weitem nicht ausreichend und nicht passend sein. Man verwechselt dabei offenbar die wirkliche Eigenthumsübertragung, die Tradition der Sache selbst mit der dieser mitunter vorhergehenden Erklärung: das Eigenthum übertragen zu wollen — was der Vertrag als bloße Zusage ist. Mit jener, der Tradition — dieselbe kann bekanntlich brevi et longa manu geschehen, welches letztere möglicherweise vorzüglich die Verwechselung erzeugt haben könnte — verändere ich in der That meine Rechtssphäre, insofern als ich ihr eine Sache entnehme und diese in die Rechtssphäre eines Andern hinüber bringe, so daß nun dieser einen jeden Angriff darauf als Verletzung seines Rechtskreises abwehren darf. Allein in dem Vertrag, als nach bloßer Willensäußerung, liegt ja weiter noch gar nichts als die Erklärung, oder Erscheinung des Willens, jene Aus-

schliessung und Uebertragung (späterhin) vorzunehmen — der Wille bewegt sich bis dahin nur noch im Gebiete des bloßen Vorsatzes. Aber in dieser Erklärung des Willens, als bloßer Abbildung jenes Vorsatzes, kann nach Obigem eine Schranke des Willens nicht liegen, weil ja der Wille an sich frei, unbeschränkt ist. Wäre es anders und so, wie die Gegner meinen, so würde ja nicht das Object des Willens, sondern der Wille selbst durch seine Erklärung dem andern Individuum untergeordnet, denn die Verbindlichkeit würde darin bestehen, daß ich meinen Willen bis zur spätern Tradition hinaus selbst ungeändert bestehen lasse; also der Wille würde in Fesseln gelegt sein, was ja aber nicht sein kann.

Um nach der nächsten Tendenz dieser Abhandlung im Gebiet des Anschaulichen zu bleiben, nicht in jenes der Abstraction aufsteigen zu müssen, so wird sich die Mangelhaftigkeit jener gegnerischen Deduction sofort ergeben, wenn man z. B. an Verträge denkt, deren Absicht nicht die Prästation einer eigentlichen Sache, sondern eine Handlung, ein Thun des einen Paciscenten ist. Dieses erst versprochene Thun kann nun doch nicht in dem Vertrag selbst übertragen werden, denn es ist gar noch nichts Uebertragbares. Auch diese Handlung, die da das Thun ausmachen wird, hat wie jede andere Handlung zwei Seiten, eine reelle und eine ideelle — letztere in der Absicht, erstere in der Verkündigung der Absicht, dem Erscheinen derselben in der Sinnenwelt. Diese aber, die Erscheinung, kann ohne jene, die Absicht, gar nicht sein, und es gehört nun somit eine neue Absicht, ein wiederholter Wille dazu, die Erscheinung zu realisiren. Bei einer Zwangspflicht zum Thun — obligatio ad faciendum — würde das Recht des Acceptanten hier mithin darin bestehen, daß der Promittent seinen Willen, jene Absicht zu handeln, äussere, also in einem Rechte

auf diesen Willen selbst, der aber ja etwas Freies, Unveräußerliches sein soll, der indeß durch eine solche Wirkung des Vertrags, als dessen Objekt gedacht und dargestellt, seinen Charakter der Freiheit gänzlich verlöre. Könnte allein darum die obige Deduction sich nur auf Verträge, deren Gegenstand körperliche Sachen wären, beziehen, oder nur auf Realverträge, so ist, abgesehen von deren sonstiger Unrichtigkeit, hiermit schon ihre Fehlerhaftigkeit bewiesen; denn die Regel, die nur für gewisse Arten von Verträgen gelten kann, darf in Rücksicht aller keine Ansprüche auf Giltigkeit haben wollen, und ist somit, als eine höchst einseitige, ohne allen Werth und falsch zugleich *).

§. 4.

Es wird und muß daher — so scheint es — ein ewig vergebliches Streben bleiben, den Verträgen aus dem, was wir Naturrecht nennen, eine äußere, rechtliche Gültigkeit zu vindiciren. Ein solches s. g. Naturrecht entsteht, indem man sich einen Naturstaat (schon öfter für ein Unding ausgegeben), in diesem ein vollständiges Rechtssystem nach eigner Weise construirt, und sich nun über den Gehalt eines solchen Rechtsgebäudes zu verständigen sucht. Allein man vergißt dabei und übersieht es meist, daß man dem Gemälde die Farben eines eingebornen oder eingelernten Vorurtheiles auftrug, oder daß man das Gebäude aus Materialien unwillkührlich aufführte, die man im Bereich der positiven Gesetzgebungen aufgefunden, so daß die Bestandtheile ihren

*) Bei Verträgen auf ein Handeln, wo das letztere nur darin bestehen kann, daß der Verpflichtete seine Kräfte, seine Geschicklichkeiten aufwende, um den versprochenen Zweck zu verwirklichen, wäre gleichsam — nach der erwähnten Ansicht diese Kräfte als übertragbar, als eine Größe gedacht — eine Abtheilung derselben dem Andern abgetreten, was ungefähr so viel heißen mag, als ein Stück seines Willens verkaufen.

Ursprung nicht verläugnen können, soviel man sie auch mit philosophischen Reflexionen übertünchen möchte.

Was könnte es auch anders sein, als die Folge eines alten und gewohnten Vorurtheiles, wenn man sogar noch in neuern Rechtsphilosophien die Schlacken des Positiven, Historischen und das reine Metall der Wissenschaft als buntes Gemenge und in trüber Gemeinschaft erblickt, wenn man bei anerkannt scharfen Denkern den Wust eines positiven Rechtes in das saubere, reine Gebiet der Rechtsphilosophie übertragen sieht! So konnte z. B. Hegel in seiner Staats- und Rechtswissenschaft (Berlin 1821) die römischen Eintheilungen in Personen- und Sachenrecht, die Verträge in Real- Consensual- genannte und ungenannte Contracte in allem Ernste bitter tadeln, nicht dies etwa als dem (positiven) System unvortheilhaft, sondern als nach dem Naturrecht, nach der Rechtswissenschaft falsch, weil es hierin ein weiteres Contractsystem ꝛc. geben müsse, das er dann auch aufstellt. Indem Hegel in seiner Schrift den Satz geltend machen und durchführen will: „die Sittlichkeit ist die Idee der Freiheit, der zur vorhandenen „Welt und zur Natur des Selbstbewußtseins gewordene Begriff der Freiheit" *), so ist es sehr natürlich, daß ihm sich der Staat auf gleiche Weise gestalten muß, wie derselbe auch von Heinrich Steffens **) construirt wird. Allein war es bei dieser Weise nun schon nicht zur Sache gehörig, in der Ausführung der Idee: „reale Sittlichkeit sei gleichbedeutend mit äußerer Freiheit," auf eine so abstracte Persönlichkeit zu kommen, wie eine solche sich §. 29. 36. gestaltet, so bleibt doch noch weniger begreiflich, wie aus solchem

*) L. c. §. 142.

**) In dessen tief asketischer und herrlicher Schrift: Carricaturen des Heiligsten. Leipzig 1819. 1821.

abstracten Rechte, sogar Verjährung — die in einem positiv fixen Zeitraum von Jahren oder nach einem andern Zeitmaß vollendet wird *) — und endlich selbst das ganze Geschlecht der römischen Verträge abgeleitet werden mochte.

Scheint doch Hegel selbst nicht anders im Stande, die Giltigkeit der Verträge zugleich mit der von ihm garantirten Freiheit des Willens zu retten, als indem er §. 74. mit dem bloßen Willen Eigenthum entstehn läßt, während nach §. 52. die Materie der Sache nur durch Besitzergreifung, also körperliche Tradition, soll zum Eigenthum werden können, — als wenn Sache und Materie der Sache in juristischer Rücksicht verschiedene Dinge sein könnten!

Wir werden nicht leicht in die Noth solcher Inconsequenzen gerathen, wenn wir uns nur recht klar und deutlich machen wollen, was der Inhalt eines Vertrages eigentlich ist. Bei einem solchen ist das Uebertragen des Eigenthums, der Materie der Sache, nur Zweck, nicht Inhalt desselben. Wie aber Zweck und Mittel verschieden sind, so ist auch der Vertrag nicht das wirkliche Uebertragen der Sache, — denn bis dahin reicht der Vertrag als solcher nicht, — vielmehr beschränkt er sich darauf, daß dies gewollt wird. Dies Wollen aber liegt, wie der Zweck einer Handlung, über deren Begriff hinaus, geht weiter als der Vertrag selbst, und dieser ist, wie jener, nur Mittel zum Zweck.

Jene, auch von Hegel vorausgesetzte Verbindlichkeit der Verträge, widerspricht, ließe sich sagen, dem Urrecht des Menschen, das ein Recht auf Freiheit ist. Nur dann aber bewegt sich der Mensch frei, wenn er kein Hinderniß seines Handelns — der Aeusserung freier Thätigkeit — vor-

*) Liegt etwa, möchte man fragen, der Umstand, daß gewisse Rechte in einem Jahre, andere nur in funfzig, die der römischen Kirche erst in hundert Jahren verjähren, auch im Naturrecht?

findet, als dasjenige, was ihm in den Gesetzen seines Denkens und Wollens als Schranke gesetzt ist. Denn alles ist Schranke d. h. Gegensatz von Freiheit, was sich der Mensch nicht selbst als solche giebt. Nur diejenige Schranke, die im Denken selbst, durch das Denken, dem Menschen gesetzt ist, ist ebendarum auch für ihn keine, denn sie ist eins mit ihm selbst — er ist damit, wenn man so sagen kann, sich selbst Schranke, also = keiner Schranke. Hiermit allein dürfte die Freiheit des Menschen zu retten sein.

Es darf sich der Mensch überall in seinem Wirken und Handeln nur als Ursache, als wirkliches Subject des Handelns, das von ihm ausgeht, erblicken, und da, wo er dies nicht kann, ist für ihn keine Freiheit. Nur wenn man sich den Menschen in dieser seiner höhern Natur als Subject, als Ursache, d. h. als das leibhaftige Abbild Gottes denkt, ist seine Freiheit vollständig gerettet und überhaupt möglich.

In jenem Urrechte des Menschen, nämlich mit Freiheit Subject zu sein, findet sich auch schon die Trichotomie aller Rechte desselben, die in dem Rechte auf Ehre, Freiheit, Leben enthalten ist. Das Recht auf Ehre faßt in sich den Anspruch, überall seine Menschenwürde gelten zu sehen, sich immer und nie anders als Subject zu erblicken. Das Recht auf Freiheit besteht darin, überall nicht durch Einwirken fremder Willkühr in seinen Ansichten gestört zu werden. Beide durchdringen sich, als Factoren, im Recht zu leben, was nichts anderes ist, als das Recht, mit sich selbst im Einklange zu bleiben.

Kann nun das angeborne, ursprüngliche Recht auf Freiheit nur darin bestehen, daß keine fremde Willkühr auf mich einwirkt, daß meine Ansicht, die mein Wollen gebärt, unabhängig bleibt, so ist damit eine jede Pflicht, die mir aufliegt, eine frühere Zusage nicht abändern zu dürfen, kei-

neswegs verträglich; denn indem ich meinen Willen in dieser Rücksicht geändert, also jenes mein ursprüngliches Recht in Gebrauch gebracht habe, will ja gerade ein Anderer — der auf Erfüllung der Zusage beharrt — daß ich dies Recht nicht gebrauchen soll, seine Tendenz geht also auf Vernichtung meiner Freiheit.

Führe man hiergegen nicht etwa an, daß ich durch Wortbruch die Rechtssphäre des Andern störe, weil ich durch meine Willensänderung indirect erkläre, daß ich ihn als Subject nicht anerkenne. Ich störe ja erst alsdann in dieser Rücksicht seine Freiheit, wenn ich in Bezug auf seinen Willen mir Eingriffe gestatte, nicht aber, so lange ich seinen Angriff auf mich bloß abwehre, — anderes aber thue ich nichts durch meine Weigerung, die frühere Erklärung zu realisiren. Nur verlasse man die ewige Verwechselung, die darin liegt, daß man nicht den Willen, sondern die Sache, das Object des Willens und Vorsatzes, als im Vertrag veräußert ansieht *).

---

*) Unsere s. g. Naturrechte sind meist im Grunde nichts weiter, als was man sonst und besser auch wohl Natur der Sache nennt, indem man sich aus positiven Bestimmungen naturrechtliche Regeln abstrahirt. Jene vermeinten Naturrechtsregeln sind daher, wie ihre Grundlage, eigentlich selbst nur positiver Natur. So wie man aus teutschen Instituten, z. B. Gütergemeinschaft, sonstigen ehelichen Verhältnissen, den Regeln für gewisse Güterarten u. s. w., wie dieselben sich in verschiedenen teutschen Gauen zeigen, dasjenige, was sie wirklich oder scheinbar mit einander gemein haben, zusammenträgt, hieraus eine allgemeine Regel bildet, oder auch diese letztere ohne jene Hilfsmittel nach Gutdünken abstrahirt und das Resultat nun mit dem Namen „teutsches Privatrecht" belegt, so auch mit jenem Naturrechte. Was in römischer mit teutscher oder einer andern positiven Gesetzgebung übereinstimmt, oder auch nur überein zu stimmen scheint, das giebt den Stoff zu einem Naturrecht. So baut man aus den Materialien der teutschen, französischen, englischen, amerikanischen u. s. w. Criminaljurisprudenz ein philosophisches Criminalrecht auf, das als Einleitung in unser positives figurirt. — Selbst hat man die generellen, oder

§. 5.

Möchten nun auch solcherart Grundsätze, wie dieselben hier niedergelegt worden, mit den gebräuchlichsten Ansichten in Disharmonie stehen, so bleiben dieselben, so scheint es, nichts destoweniger wahr; — mindestens wird es gestattet sein zu glauben, daß sie bis hierher noch nicht gründlich widerlegt und die gegentheiligen noch nicht mit Gründen unterstützt wurden, die der Kritik Widerstand zu leisten vermocht hätten.

Indessen ist es, um Mißverständnisse zu meiden, wesentlich erfordert, den Standpunkt dabei durchaus nicht zu übersehen, von welchem aus sie ihre Vollgiltigkeit allein in Anspruch nehmen. Dieser Standpunkt ist nämlich, die Menschen ausserhalb eines bürgerlichen Vereines betrachtet, oder ausserhalb des Kreises einer positiven Gesetzgebung *). Nothwendig gewinnt die Sache sofort ein anderes Ansehen, sobald vom Staate die Rede kömmt, oder wenn man erst vom Gesichtspunkte eines Staatsbürgers aus die Sache betrachtet. Bei der Voraussetzung des bürgerlichen Vereines vermischen sich religiös-sittliche und rechtliche Ansichten zu

---

eigentlich generalisirten Regeln aus einer einzigen Gesetzgebung zu einem Naturrecht zu verarbeiten keinen Anstand gefunden, indem man die politisch-legislativen Gründe für philosophischen Grundstoff angesehen. So v. Eggers in dem Lehrbuch des Natur- und allgemeinen Privatrechts. Berlin 1797. Bd. I. — Da hätten wir denn nach v. Eggers ein preußisches Naturrecht, und an einem russischen, englischen u. s. f. kann es dabei unmöglich fehlen.

*) Dabei soll durchaus nicht gemeint sein, als ob jemals irgend Jemand ausserhalb der bürgerlichen Gesellschaft — in dem s. g. Naturzustande — existirt habe, oder als ob dort seine Existenz möglich sei; abgesehen von einem Robinson, der es mit sich selbst treiben mag, wie ihm gutdünkt. Es ist hier nur die Rede davon, wenn sich die Phantasie den Menschen aller seiner bürgerlichen Umgebungen entkleidet, was dann die unbefangene Reflexion an ihm zu finden vermag.

sehr in legislativen Bestimmungen, als daß hier die Scheidewand genau aufzufinden sein könnte.

Wie wir oben die Freiheit und deren Wesen ins Auge faßten, erscheint dieselbe uns, von unserm Standpunkte als Staatsbürger aus, nicht anders, als ein völlig gesetzloses Spiel, das ein jedes Individuum als freies unabhängiges Wesen für sich treibt, so als ob man an ihm keine Rechte haben könne, wenn es dieselben nicht zugestehen wollte. Damit indeß aus solchem Spiel doch etwas Vernünftiges und Zusammenstimmendes sich regele, ist nöthig, daß das Objective in allem Handeln zugleich etwas Gemeinschaftliches sei, „durch welches alle Handlungen der Menschen zu einem „harmonischen Ziel gelenkt werden.“ Eine solche Vermittlung der gesetzlosen Willkühr und der aus dem Begriffe jener gemeinschaftlichen Harmonie resultirenden Nothwendigkeit — das ist die Aufgabe und der Zweck des Staates, oder eigentlich der Staat selbst. So wie mit unabwendbarer Nothwendigkeit mit der Coexistenz freier Wesen sich der Begriff und die Existenz eines Staates von selbst ergiebt, so auch damit ein Zügel, eine fixe Richtung für jene thatlustige Willkühr. Hier erst, im Staate, vermag es die rastlose und ungebundene Willkühr, sich bis zu einem vernünftigen Ziel zu läutern — sich bis zur schönen Gesetzmäßigkeit zu verklären.

Wie hierneben — nachdem die Willkühr durch verständiges und nothwendiges Streben nach einem vernünftigen Ziel ihre Schranken gefunden — die Freiheit selbst gerettet werde, ja in jedem Moment des Handelns sich offenbare, dies nachzuweisen ist nicht hier unsere Aufgabe. Im Allgemeinen jedoch sei die Lösung mit den Worten eines großen Mannes angedeutet, wenn nämlich „eine prästabilirte „Harmonie des Objectiven (Gesetzmäßigen) und des Bestim„menden (Freien) aufgefunden ist, die nur denkbar bleibt

„durch etwas Höheres, was über beiden ist, und daher „weder Intelligenz, noch frei, sondern gemeinschaftliche Quelle „des Intelligenten zugleich und des Freien ist. Dies Hö„here, als der Grund der Identität zwischen dem absolut „Subjectiven und absolut Objectiven, kann selbst weder „Subject noch Object, auch nicht Beides zugleich, sondern „nur die absolute Identität sein, worin gar keine Duplici„tät ist, und die eben deßhalb, weil die Bedingung alles „Bewußtseins Duplicität ist, nie zum Bewußtsein gelangen „kann. Darum ist diese uns unveränderliche Identität nicht „als in der Gesetzmäßigkeit zu finden, welche als das „Gewebe einer unbekannten Hand durch das freie Spiel der „Willkühr in der Geschichte sich hindurchzieht; aber weder „so, daß damit die ganze Geschichte und mit ihr unsere „Handlungen als schlechthin prädeterminirt, blinde Vorherbe„stimmung angenommen werden kann — Fatalismus —; „noch so, daß in dem Handeln willkührliche Bestimmung „sich offenbare — Irreligion, Atheismus, — sondern einzig „und allein in der Vorsehung, worin die einzig wahre „Religion besteht.“

Nur also — möge dies noch als ein Theil des juristischen Glaubensbekenntnisses des Verfassers hier schützend gegen Verketzerung stehen — durch die wahre Religion, die so eben angedeutet ward, wird der Zwiespalt zwischen schnöder Willkühr und heiliger Gesetzmäßigkeit vermittelt.

§. 6.

Wird nun auch jene gesetz- und rastlose Willkühr im Staate in schöne Gesetzmäßigkeit umgewandelt, so besteht die letztere doch in nichts Anderem, als der Norm, wonach die nach verschiedenen Richtungen strebenden, individuellen Willen in Harmonie gesetzt — zur Vernünftigkeit gebracht werden. In wieweit nun dies und auf welche Weise solches

Ziel verwirklicht werde, kann nur nach der Individualität eines jeden gegebenen Staates begriffen, nur nach dessen belebendem Prinzip, d. i. dessen Gesetzgebung, bemessen werden. Daraus ergiebt sich nun sofort, daß nur dasjenige eine Norm für die Bürger sein könne, was die gesetzgebende Gewalt ihnen als solche bezeichnet, was diese für gut gefunden, als Vorschrift zu ertheilen *).

---

*) Sehr richtig und consequent ist dieser Grundsatz bei der preußischen Gesetzgebung aufgefaßt und durchgeführt. Wie häufig hat man an dieser im Allgemeinen herrlichen und selten richtig verstandenen Schöpfung es tadeln zu müssen geglaubt, daß dem Gewohnheitsrechte alle Kraft abgesprochen ist, und doch liegt dieß im innersten Wesen einer jeden Gesetzgebung, insofern sie nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen soll. Eine jede Gewohnheit tritt dem Gesetz entgegen, ist von selbst **contra legem** und anders giebt es keine; denn was man eine solche **praeter legem** nennt, existirt eigentlich nur in den Gedanken der Juristen. Das Gesetz kann uns gebieten, verbieten, erlauben. Es erlaubt Alles, was es nicht verboten hat; was es nicht gebietet, darf man unterlassen, und was es nicht verbietet, vollaus thun. Von dem nun, was das Gesetz nicht verbot und nicht gebot, ist keineswegs anzunehmen, daß es dasselbe zu verbieten oder zu gebieten vergessen — denn dies hieße ihm den Vorwurf der Unvollständigkeit geradezu machen —; vielmehr ist anzunehmen, daß das Gesetz keine Handlung übersehen habe, sondern wohlbedacht für dieselbe keine Bestimmung gegeben. Insofern ist also keine Handlung ausserhalb dem Gesetze, sondern eine jede stillschweigend oder ausdrücklich darin begriffen. Da nun eine jede Gewohnheit, als Rechtsnorm, natürlich nur ebenso wie ein Gesetz, entweder gebietend oder erlaubend sich zu äussern vermag, so wäre deren Vorschrift, da wo sie gebietet, gegen das (stillschweigend oder ausdrücklich) erlaubende, da wo sie erlaubt, gegen das gebietende oder verbietende, also überall gegen des Gesetzes klaren Willen — **contra legem.** Indem aber die Gesetzgebung eine Gewalt im Staate neben sich anerkennt, die mit ihr gleiche Befugnisse und Attribute hat, und diese gegen jene selbst richten darf, hebt sie sich indirect auf und zerstört sich selbst, das aber kann und darf eine vernünftige Gesetzgebung nicht wollen. Nur also da, wo in Rücksicht ganzer Institute, z. B. der Gütergemeinschaft unter Gatten, oder in Rücksicht bekannter Institutionen innerhalb einer gewissen Sphäre,

Sehen wir nun auf die geschichtliche Ausbildung der Staaten hin, die in solcher Rükſicht mit der Natur, wenn auch nicht gleichen Schritt, so doch gleichhaltige Entwickelungsperioden halten wird, so werden wir freilich anfänglich äussere Macht und Gewalt sich geltend machen sehen. Die Staaten werden mitunter, wenn auch nicht gerade Producte der Willkühr, doch ein Spiel derselben sein; allmählich aber werden die gewaltsamen Eruptionen und Umänderungen seltener werden, das Ganze wird einer gesetzmäßigen Verfassung entgegenkeimen, bis sich zulezt Alles von göttlicher Fügung, d. i. der waltenden Vorsehung, lebhaft ergriffen und überzeugt fühlen wird.

Damit gleichmäßig wird in den rohern Anfängen auch die Gesetzgebung, so wie der Staat selbst unbeholfen und in einer gewissen Rauhheit sich zeigen. In solcher Kindheit des Staates werden Gesetzgebung und Volksgeist, die in harmonischer Einigkeit denselben Weg zugleich wandeln sollten, sehr häufig auseinander kommen; sie müssen sich trennen, indem jene ihre steife Unbehülflichkeit nicht abzulegen vermag, während dieser, getrieben durch seine eigne zur Entfaltung strebende Natur, seinem Ziele schon näher und zurückt. Wenn auch nicht gerade heterogen, so werden sie doch nicht mehr vollständig eins, jene wird nicht mehr ein treuer Abdruck dieses sein.

Dies Alles lehrt uns wieder Roms Beispiel. Hier war der frühere Rigor des Rechts, anfänglich unzweifelhaft in Harmonie mit dem Rigor des Volkes selbst, bald nicht mehr mit dem Volksgeist in Uebereinstimmung, so daß sich

---

z. B. bäuerliche Verhältnisse, das Gewohnheitsrecht von der Gesetzgebung anerkannt ist, läßt sich dessen Geltung, in diesem abgeschlossenen Kreise, gutheißen. **C. 3. C. de aed. priv. (8. 10) A. L. R. I, 1. §. 3. 4.** Erstes Publik. Pat. §. 7. — **Cf. C. Ch. Collmann** Strafrecht. §. 14.

sogar eine eigene vermittelnde Behörde in der Prätur bilden mußte, welche die Gesetzgebung ins Volk hinein und wiederum gleichzeitig aus dem Volksgeiste das Gesetz umbildete. Wie anders ließe sich eine solche Erscheinung wohl erklären, als damit, daß der Geist des Volkes nicht mehr der der Gesetzgebung, jener der letztern bei weitem vorausgeeilt war! Ist aber dies nicht unrichtig, so dürfte es auch grundverkehrt erscheinen, das römische prätorische Recht aus dem strengen Civilrecht und umgekehrt dies aus jenem zu erklären, besonders für uns, die wir die Gesetzgebung nur aus einer spätern Periode kennen, wo die Art der gegenseitigen Einwirkung mit ihren Gründen unserer Betrachtung fast gänzlich entgeht. So wie uns das Recht der Römer vorliegt, hatte die Strenge alle ihre Bedeutung verloren, denn der Geist des Ganzen war schon Billigkeit geworden. Wenn auch Spuren des strengen Rechtes sich noch unverkennbar zeigen, so will das nicht mehr sagen, als daß die Geschichte Geschichte bleibt! Wer aber, der bei allmählicher Umänderung eines alten Gebäudes dies in ein völlig neues verwandelte, dabei auch sehr natürlich des alten Materials einen guten Theil an seiner Stelle ließ, oder in eine neue Form umgestaltete — wer aber wird da diese neue Gestalt als Ganzes zu erklären suchen durch Beschreibung des vorigen und sonstigen Materials! Sind auch vom alten Gerüste ganze Säulen und Balken geblieben, so sind diese in Bezug auf den alten Zustand doch nur isolirte Reste, — der neue aber muß sich durch sich selbst genügend erklären und als ein Ganzes ansehen und erfassen lassen.

§. 7.

So wie aber die Gesetzgebung den Bedürfnissen überall abzuhelfen und weiter dahin streben muß, dasjenige, was sich als Forderung an sie zeigt, was sich nöthig macht, als

Pflicht oder aber als Recht förmlich anzuerkennen, so ist es natürlich, daß in einem Staate sich auch gar bald die Ansicht geltend machen und von der Legislation sanctionirt werden wird, daß gewisse Verträge giltig bleiben, daß ganze Klassen von Zusagen für verbindlich erachtet werden müssen. Es versteht sich von selbst, daß in dieser Rücksicht die positive Sanction ein Product der Nothwendigkeit und Nützlichkeit des Verkehres, und einer Art desselben sein wird, liege nun eine solche in der Idee des Gesetzgebers begründet, oder in den wirklichen Bedürfnissen der Gesammtheit.

In Bezug auf die römische Gesetzgebung sind wir hier wieder zu der Behauptung berechtigt, daß der Egoismus und der habsüchtige Geist des Volkes in den frühern gesetzlichen Formen des Verkehres durchschimmern. So wie nämlich der Römer sich und das Seinige, das Römische, für sehr werth hielt, sich nicht gerne davon trennte, so entließ er dasselbe aus seinen Händen überdies auch nur durch die schwerfällige Maschinerie des Nexus, und die langsambedächtige Form der Mancipation, und glaubte hierbei so fest an den vorzüglichen Werth des ächt Römischen, daß er dennoch nur in eines Römers Händen dasselbe zu sehen sich bequemen konnte (jus quiritium). Darum wird erklärlich, daß zuerst mit einigen wenigen Vertragsformen genug war, und warum diese obenein noch so unbeholfen sich zeigten. Indem nun noch hinzukam, daß die Inhaber der Rechtswissenschaft oder Rechtskunde — so möchte man die Patricier nennen — weder ein Interesse noch auch den guten Willen hatten, die ebenso wie die des Verkehres umständlichen Formen in deren gerichtliche Acte zu verhandeln waren, bekannter zu machen, natürlich also auch nicht dieselben numerisch zu vermehren, so ist es begreiflich, warum so wenige Verträge gerichtliche Wirkung d. i. Klagbarkeit hatten,

und daß diese wenigen dies zudem nur in sehr beschränkter, durch den Formelapparat eingeengter Weise haben konnten.

Gleichwie nun griechische Kenntnisse und Aufklärung überhaupt das Meiste zur bessern Richtung und schnellerm Fortschreiten der römischen Geistesbildung beigetragen hat, so mochte auch in Rücksicht der Rechtsverfassung gerade von den Griechen die noch bewußtlos schlummernde Idee zum klaren Leben bei den Römern erweckt sein, daß der Formelkram eigentlich nur unnützes Wesen enthalte, und im gewöhnlichen Verkehr auch schon die bloße Willenserklärung, Willensäußerung genügen könne, um eine Sache ꝛc. in das Eigenthum oder den redlichen Besitz eines Andern zu übertragen, insofern nur noch die einfache Tradition selbst hinzugekommen — oder aber, daß man auch mit Befugnissen Handel zu treiben vermöge.

Es ist sehr natürlich, daß ein solcher Gedanke sich zuerst beim Vergleich geltend machen konnte, weil bei diesem meist nicht sowohl ein Uebertragen, als vielmehr ein Verzicht auf die Uebertragung, eine Beschränkung dieser letzten das Wesentliche ist, und bei dieser Art von conventio man von der anders üblichen Form am Wenigsten abzugehen glaubte. Darum wohl finden wir schon in den Zwölftafelgesetzen Spuren, daß sich der rigor formularum durch unförmliche und doch verbindliche conventiones gemildert sah.

Tab. VII.: Sei membrum rupsit, nei cum eo pacit, taliod estod. (Wer einem andern ein Glied des Leibes verstümmelt hat, soll, wenn er sich nicht in Güte mit ihm abfindet, den gleichen Schaden an seinem Leibe leiden) *).

Tab. I. V. II.: Endo via rem aubei paicunt, oran-

---

*) Gellius NN. AA. 20, 1. Festus v. talionis §. 7. J. de injuriis (4. 4.)

tod. (Was in der Zwischenzeit — ehe die Klage anhängig gemacht wird — verabredet worden, das soll gelten *).

Tab. III. V. IV.: Endoteratim paciod estod. etc. (Während der Zeit können sie sich vergleichen ꝛc. — nämlich der in nexu befindliche Schuldner mit seinem Gläubiger) **).

§. 8.

Von dem Geiste der Billigkeit und dessen Erzeugerinn, der Aufklärung, sind also die Römer nachgerade dahin gebracht worden, ihren rigor juris hinwieder zu mildern. Nichts anderes als jener Geist der Billigkeit ist es auch, der sie antrieb, eine obligatio naturalis zu adoptiren, und es zu gestatten, daß dieselbe wenigstens als Einrede geltend gemacht werde. Damit war ein höchst wichtiger Schritt zur Aufhebung der Strenge gethan, ja hiermit hatte der Rigorismus des Rechts seinen eigentlichen Paralysationspunkt gefunden.

Da die obligatio naturalis bis auf die Klage der obligatio civilis gleichstand, eine Klage aber immer erst alsdann erfordert ward, wenn die erste Absicht der Contrahenten sich geändert hatte, so ist klar, daß nur in seltenen Fällen diese Mangelhaftigkeit der obligatio naturalis fühlbar werden konnte, weil die Römer, wie auch wir, etwa nur den tausendsten Theil der obligationes zur gerichtlichen Cognition brachten ***).

---

*) *Auctor ad Herenn.* Rhet. 2, 13. Fr. 22. §. 1. D. de in jus voc. (2. 4.)

**) *Gellius* NN. AA. 20, 1—15, 13.

***) Man wende nicht ein, daß darum so wenige Verträge bei uns, in Rücksicht ihrer Giltigkeit, vor Gericht ventilirt werden, weil die Furcht vor der Klage zur Erfüllung treibe — etwa so wie auch die Angst vor der Hölle wenigstens negativ mehr Gutes gebäre,

Erschien es aber einerseits, nachdem man nun so weit gekommen, gerecht, die gemachte Zusage nicht unerfüllt zu lassen, so steht der gegenüber die gleichso vollgiltige Regel, daß dies doch nur da sein dürfe, wo die Ausführung derselben dem Zusagenden nicht zum Schaden gereiche. Soll jene erstere Regel: **pacta sunt servanda**, die eine Seite der Gerechtigkeit ausmachen, so kann letztere doch nicht bestehen, ohne ihre andere Seite d. i. die Regel: daß die Erfüllung dem Paciscenten nicht Schaden bringe — welche beide in der gerechten Gesinnung, als ihrem gemeinschaftlichen Dritten sich gegenseitig durchdringen, als deren Factoren erscheinen. Wollte man die Regel strenge und consequent durchführen, daß eine jede Zusage erfüllt werden müsse, so wäre dies wieder die Rückkehr zu jenem Rigorismus, dessen Negation eben unser Satz sein soll. Dieser Satz, den wir als Aufschluß der Billigkeit betrachten, wäre mithin unbillig, höbe sich somit selber auf.

Solche Ansicht liegt auch dem Ausspruche Cicero's zu Grunde — welcher hierbei diejenige aller Römer repräsentirt — wenn er sagt:

---

wie die Sehnsucht nach dem Himmel —; daß dies aber bei den Römern anders gewesen sein müsse, weil dort die seltener begründete Klage, namentlich bei der **obligatio naturalis**, nicht so sehr zu fürchten gewesen. Nein, das hieße den Geist eines Volkes erklären durch die Weise jener, die gerade nicht in diesem Geiste leben, sich nur als damit im Streite zeigen — wie es die römischen Patrizier als Rechts- und Formal-Kundige waren. Wenn sich ein Volk einmal zu der Ansicht erhoben hat: **pacta sunt servanda**, wie dies die Römer in der Anerkennung der **obligatio naturalis** gethan, so herrscht solche Ansicht im innern Leben desselben und hat hier mehr Stärke in dem auch in solcher Rücksicht religiösen Glauben, als in dem Ausspruche des Gesetzgebers, wenn dieser damit nicht convenient ist. Jene Regel ist dann zur Maxime, zur wahren Ehren- und Gewissenssache geworden, deren Sanction durch ein positives Gesetz wohl und darum erfolgt, weil sie durch die Gemüther bereits geheiligt ist.

Nec promisse igitur servanda sunt ea, quae sunt iis, quibus promisseris, inutilia: nec, si plus tibi noceant, quum illi prosint cui promiseris — contra officium est, minus anteponi majori *).

Dieser Ausspruch ist der Abglanz wahrer Gerechtigkeit, als einer **constans voluntas, suum cuique tribuendi.** Hierin ist von Cicero besonders die eine Seite der gerechten Gesinnung hervorgehoben, daß wenn auch die Willenserklärung, das Versprechen an sich verbindlich sei, diese Verbindlichkeit doch nicht in dem Versprechen als solchem allein, vielmehr in den Umständen, die sich dabei ergeben können, liege. Denn indem Cicero das Recht zum Rücktritt von einem Versprechen, und an das letztere Nutzlosigkeit, oder selbst nur daran bedingt, daß dessen Erfüllung den Versprechenden mehr Schaden bringe, als dem Gegentheil Nutzen, so setzt er voraus, daß eigentlich gegen den Willen eines Paciscenten die Erfüllung eines Vertrages keineswegs gefordert werden dürfe. Denn eben in jener Schädlichkeit oder Nutzlosigkeit der Erfüllung liegt das Motiv für den Willen sich zu objectiviren oder wirklich zu werden **).

---

*) **Off. I, 10. III, 24. 25.**

) So ist es wohl auch lediglich eine consequente Folge dieser Ansicht, daß die Römer dazu kamen, eine Regel des Inhaltes zu bilden: **quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id potes compelli. Will man die Regel: **pacta sunt servanda,** streng-consequent durchführen, d. h. nur immer diese eine der beiden oben bezeichneten Seiten gerechter Gesinnung hervorheben, so ist der Gegensatz dieser Regel: **quod non est pactum, non est servandum s. faciendum** — es ist dann überall nichts Pflicht, was nicht zugesagt, nicht versprochen worden. Wir verfallen dann wieder in unsern Rigorismus und nach einer andern Seite hin, dessen Subtilitäten eben in der Gerechtigkeit neutralisirt werden sollen. Können wir daher, indem wir die eine Seite der gerechten Gesinnung, welche die Verheißungen gehalten wissen will, voll-aus anerkennen, doch auch der andern Seite unmöglich entbehren, um nicht über unserer Gerechtigkeit wiederum ungerecht zu wer-

§. 9.

So gewiß es nun ist, daß eine jede positive Sanction im Gebiete der conventiones eine Art vernünftiger und nothwendiger Zügel für die sonst schrankenlose Willkühr wird, so gewiß bleibt es auch, daß ebendamit die natürliche Freiheit nur insoweit beschränkt erscheinen kann, als gerade die gegebene Norm reicht *).

Wenn wir hiernach übersehen, was unsere Gesetzgebung im Gebiet der Verträge anordnete, so entgeht es uns sicherlich nicht, daß sie die Richtigkeit dieser Ansicht bewahrt hat. Aus ihr ergiebt sich, daß überall nur diejenigen Verträge von gerichtlicher Wirksamkeit sind, d. h. eine erzwingbare obligatio produciren, von denen der Gesetzgeber dies gewollt und ausgesprochen hat **). In dieser Rücksicht wer-

---

den, so müssen wir auch einer zweiten Regel: **pacta inutilia s. nocentia non sunt servanda**, gleiche Giltigkeit mit der erstern einräumen. Giebt es nun danach eine Befugniß, die Erfüllung eines Versprechens zu weigern, so muß es auch das Correlat dieser Befugniß geben, nämlich eine Pflicht zu Leistungen auch ohne irgend ein Versprechen — welche Befugniß sich dann in obiger unserer Regel: **quod tibi non nocet etc.** zur Giltigkeit erhoben hat.

Wenn nun jemand hierbei zur Widerlegung erinnern wollte, daß es auch andere Pflichten ohne Versprechen gäbe, nämlich durch Vergehungen, so wüßten wir diesen Frager freilich nicht anders zu beschwichtigen, als durch die Antwort: „eben auf diese negative Pflicht, nicht aus seiner Sphäre zu treten, verweisen wir „dich!"

*) Auch die Sitten, rechtliche wie religiöse Sitten, sind rein positiver Natur, sie sind eine gegebene Norm; eine Norm, die das Resultat geschichtlicher Entwickelung und die hieraus hervorgehende Ansicht der Gesammtheit über religiöse und rechtliche Dinge darstellt.

**) Gleich dem Recht hat auch die Sitte, unabhängig von jener gerichtlichen Bedeutung der Verträge, in dieser Rücksicht ihr äußeres Forum. Die durch sie geheiligte Meinung übt das Richteramt wohl nicht immer ohne Strenge aus, und in der allgemeinen Ver-

den die Bedürfnisse der Gesammtheit das Motiv desselben werden, und diese Bedürfnisse selbst werden ihren Grund haben, je nach dem Grad des Culturzustandes, entweder in wirklicher Nothwendigkeit, oder auch der bloßen Nützlichkeit. — Sehr begreiflich werden sich Bedürfnisse der einen oder andern Art gar bald ergeben und theils hiervon, theils anderswoher angeregt, wird der Gesetzgeber auch sehr bald nur mit den nöthigen Modificationen in Erfüllung gehen lassen jene durch den Zweck des bürgerlichen Vereines nothwendig erzeugte Forderung: Treu und Glauben müssen gehalten werden.

Keine **conventio** trägt nach dem Bisherigen in sich die für ihren Auctor bindende Kraft; kein Vertrag an sich also kann und darf berechtigen, seine Erfüllung vor Gericht zu fordern. Das Recht zu dieser Forderung ist stets positiven Ursprungs.

Scheint dies die Natur der Sache zu sein, von dem

---

achtung, die unabwendbar den ereilt, der dem Urtheil sich nicht fügen möchte, liegt ein durchdringendes Executionsmittel. — Eine Analogie ergiebt sich schon bei den, dem Teutschen so heiligen Spielschulden, die trotz aller Gesetze regelmäßig bezahlt werden.

In Bezug auf den im Text angedeuteten Punkt enthält die Gesetzgebung Preußens sehr zweckmäßige Vorschriften, die aber ebensosehr die hier angedeutete Ansicht bestätigen. Ueber Bagatellsachen, d. h. bis zum Werth von 50 Thaler, kann durch die **nuda conventio** in der Regel gültig contrahirt werden. **L. R. I, 5, §. 109. 131.** Doch nicht überall z. B. **I, 11. §. 394. §. 729. I, 14. §. 203. II, 8. §. 2390. I, 5. §. 135. 139. I, 21. §. 401. 407.** Merkwürdig ist hierbei, daß nirgends im A. L. R. bestimmt ausgesprochen ist, was ein Vertrag, dessen Gegenstand unter 50 Thaler Werth hat, bewirken soll. Diese Wirkung wird vielmehr stillschweigend vorausgesetzt — was sich aus dem Standpunkte der Bearbeiter des Landrechtes erklären läßt, die es wohl für ausgemacht ansahen, daß der Vertrag eine Klage erzeuge. Für alle andere Verträge ist zu deren Wirksamkeit eine bestimmte Form, entweder in der Scriptur, oder in der Erklärung von einer bestimmten Behörde vorgeschrieben.

Gesichtspunkte aus, der sich uns durch unsere gewohnte Rechtsansicht gebildet, so müßte es sehr auffallen, wenn wir bei dem Volke, dessen Rechtsbegriffe aus begreiflichen Gründen mit den unsrigen am meisten in Harmonie stehen, bei den Römern nämlich, nicht wenigstens die Spuren solcher Ansicht bemerken sollten. Indeß finden wir dieselben auch bei ihnen in voller Geltung; jene liegt unverkennbar und unmittelbar in ihrem Begriffe des Vertrags. Indem Ulpian den Vertrag definirt *) als: in idem placitum consensus, und die Kaiser Diocletian und Maximian **) den Vertrag, den kein Gesetz zu einem klagbaren erhoben hat, nennen: quod placiti fine stetit, so ist ja damit nichts anderes gesagt als: derjenige Vertrag, welcher bloß die zu seinem Begriffe wesentlich nothwendigen Erfordernisse hat, also von allen andern mehr äußern und zufälligen Eigenschaften entblößet ist, erzeugt keine obligatio civilis, keine Klage. Dies Klagerzeugen, diese äußerliche Erzwingbarkeit ist mithin eine Qualität, die nicht in dem Begriffe der Verträge selbst liegt. Dies Alles drücken die Römer schon sehr bezeichnend in der Benennung aus: *solum* pactum ***); *nuda* conventio ****); *sola* conventio †); *nuda* pactio ††); pactum *nudum* †††) — welche Bezeichnungen alle soviel heißen als: nicht klagbar sein ††††).

---

*) fr. 1. §. 2. D. de pactis (2. 14.)

**) Const. 27. C. de loc. et cond. (4. 65.) vers.: „Si tibi etc.“

***) fr. 182. §. 5. D. de O. et A. (44. 7.). C. 23. C. de pign. (8. 14).

****) fr. 33. §. 3. D. de usurp. (41. 3.)

†) C. 15. C. de transactt. (2. 4.)

††) fr. 7. §. 4. D. de pactis (2. 14.)

†††) C. 27. C. de locuto (4. 65.). Pauli R. L. II, 14.

††††) Wir würden in unserm teutschen „bloße Verabredung“ einer ähnlichen Bezeichnung haben.

Jene Eigenschaft der Verträge, vermöge deren sich die Verbindlichkeit, sie zu erfüllen, bis zur Klagbarkeit steigert; oder eine solche Wirksamkeit der Willenserklärungen, die ihre Dauer über letztere selbst hinaus ausdehnen will, muß demnach auch nach römischem System immer erst von außenher hinzukommen, oder was gleichviel ist, sie muß von der Gesetzgebung angeordnet sein. Nichts anderes will Paulus in folgender Stelle sagen:

Paulus Lib. 3. ad Ed.

fr. 6. D. de pactis (2. 14.).

Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto nudo actis nascitur, vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adjuvatur *).

§. 10.

Indem bisher die Nachweise darüber versucht wurden, daß die Verträge durch sich selbst nicht eine dauernde und erzwingbare Verbindlichkeit weder ihrem Begriffe nach, noch nach Grundsätzen des römischen Rechtes hervorrufen könnten und dürften, so galt dies nur von den bloßen Verabredungen. So wie hierin nur die Absicht ausgedrückt wird, Eigenthumsobjecte späterhin wirklich abzutreten oder zu verändern, oder aber gewisse Handlungen vorzunehmen, so giebt es auch noch eine andere Weise für solche Zwecke, nämlich die, worin jene Absicht sofort verwirklicht wird, und dies ist der Tausch. Hierbei ist das Verhältniß, was der Vertrag erzeugt, überall und durchaus anders. Im wirklichen Tausch ist außer der conventio auch noch die Leistung selbst erfolgt, bei der Perfection des Tausches ist über die Verabredung hinaus eine Sache oder das Product einer Handlung vollständig in die Rechtssphäre eines andern bereits übergegangen. Sobald ein Tauschvertrag vollendet ist,

---

*) Cf. Pr. u. §. 1, J. de Oblig. (3. 14.)

d. h. überhaupt als ein solcher existirt, hat auch bereits der Anspruch auf Erfüllung gänzlich aufgehört; eine obligatio (d. h. Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner) existirt überall nicht mehr; die sonstigen Contrahenten haben an einander als solche keine Ansprüche weiter, sie haben nur noch die ganz allgemeinen, einander nicht zu stören, wie sich durchaus Fremde sie ebenfalls haben.

Auch bei der Schenkung (insofern nicht unpassend vom Schenkungsvertrag, dem contractus donandi, zu unterscheiden) ist mit der reellen Uebergabe alles Obligationsverhältniß erloschen, und dieselbe steht insofern mit dem Tausch ganz gleich.

Es giebt aber noch ein Verhältniß, das weder die Folge einer bloßen Verabredung, noch die eines reellen und vollendeten Tausches ist, sondern zwischen beiden mitten inne steht. Dies ist, wenn ein Theil der Paciscenten seine Verbindlichkeit bereits erfüllte, der andere aber noch nicht. Hier ist weder eine nuda conventio vorhanden, noch ist, wie bei perfectem Tausch, das Rechtsverhältniß bereits aufgelöset, der Fall unterscheidet sich daher ebensosehr von dem der bloßen conventio, als wenig er in die Kategorie des wirklichen Tausches gehört. War nun bei dem letztern gar kein Rechtsverhältniß mehr vorhanden, bei den erstern aber eine obligatio gar nicht begründet — was gilt denn bei dem dritten Falle? Die Sache scheint dennoch auch hier nicht die geringste Schwierigkeit zu haben. Wenn nämlich in einem solchen Falle der Empfänger der Leistung nicht gegenleistet, so hat derselbe die Leistung gänzlich ohne Grund. Nach dem Inhalte der gerechten Gesinnung aber, welche zu verlegen wir oben versuchten, muß ein solcher Paciscent, eben weil er ohne Grund hat, nothwendig entweder das Empfangene restituiren, oder das Aequivalent desselben, d. h. die versprochene Gegenleistung, prästiren.

Wenn man nun die Gründe dieser letztern Erörterungen überblickt, so ergiebt sich leicht, daß danach jene ganze Klasse von Verträgen, die wir Realverträge nennen, bindend und klagerzeugend wird sein müssen. Auch der Tausch gehört dazu, insofern derselbe nur einerseits erfüllt ist —, so wie überhaupt hiermit es, wo es sich von der Befugniß die Erfüllung zu fordern handelt, begreiflich und von solchen Fällen die Rede ist, wo diese noch nicht gegenseitig Statt hatte, denn nur bis dahin kann ja von einer bindenden Kraft der Verträge die Sprache sein *).

Was nämlich die bindende Kraft der Verträge angeht, so besteht in dieser oben angedeuteten Rücksicht ein Hauptunterschied zwischen Real- und Consensualverträgen. In dem hier gemeinten Sinne gehören zu den letztern alle jene Verträge, die nicht sofort mit einer reellen Leistung verbunden sind, oder auch wo eine solche späterhin noch nicht erfolgt ist. Wenn man von den verschiedenen Formen absieht, unter welchen der Wille zu pacisciren sich kund geben mag, so ist bei keinem Vertrage, außer denen, die re geschlossen werden **), zur Zeit, welche wir für die ihrer Perfection halten, irgend etwas mehr gewonnen, als gerade der mutuus consensus. Mag dieser nun ein consensus nudus sein, mag er in feierlichen Worten —, wie bei der Stipulation; — mag er durch literae — wie bei der literarum obligatio — sich ausprägen, so ist doch mit dem,

---

*) Im A. L. R. ist obiger Grundsatz ebenfalls zur Regel erhoben; denn danach sind die Realverträge auch ohne alle Form verbindlich, während sonst eine gewisse Form Regel bleibt. So das Depositum, Receptum der Wirthe, Fuhrleute und Schiffer, das Darlehen, der Pfandvertrag (pignus); die genannten und ungenannten Realverträge, d. h. insofern sie wirklich Realverträge sind. A. L. R. I, 11. §. 727. I, 20. §. 94. I, 5. §. 144. 145. 146.

**) Diese landübliche Beschreibung wird der Kürze wegen auch hier beibehalten.

was wir Perfection nennen, d. h. dem Zeitpunkt, von wo an die Klagbarkeit anhebt, nirgendwo mehr erreicht als die conventio, — es ist nichts geschehen als der Wille, etwas zu leisten, ist erklärt, geleistet ist noch nichts.

Scheint diese Unterscheidung nun auch im Augenblicke noch außerwesentlich, also für einen Eintheilungsgrund nicht geeignet, so ist dies bei weiterer Verfolgung der Sache doch wohl anders. Freilich haben die Realverträge mit den Consensualverträgen das gemein, daß mit der Zeit der Perfection das Recht erworben ist, nun die Leistung zu fordern. Allein es ergiebt sich hier doch wieder der wesentliche Unterschied, daß jenes Recht bei den Consensualverträgen vom positiven Gesetzgeber constituirt ist, während dasselbe bei den Realverträgen auch ohne solche Sanction immerdar ein Product der Gerechtigkeit bleibt und somit auch ohne positive Satzung entstehen muß —, eben weil die Billigkeit, d. i. die gerechte Gesinnung, mit Nothwendigkeit fordert, daß der Empfänger einer res dieselbe, die er gleichsam nur unter der Bedingung der Gegenleistung erhielt, vergüte (oder daß, wo bereits gegenseitig erfüllt ward, der Geber, der ja seine Vergütung in der Gegenleistung erhielt, das Hingegebene und zur fremden Sache gewordene ihrem Besitzer lasse). So also gestaltet sich allerdings ein charakteristischer Unterschied, indem die hier Realverträge genannten Vertragsarten nicht nur an sich mehr enthalten als die Consensualverträge, sondern auch durch ihre eigne innere Kraft bindend sind.

Dies galt natürlich auch vollaus bei den Römern, denn gerade weil nicht der Consens, sondern die Leistung der letzte Grund der Verbindlichkeit ist, weil nicht die Willenserklärung das für die bindende Kraft Entscheidende *),

*) Es darf wohl nicht übersehen werden, daß hier vom Grunde der Verbindlichkeit die Rede ist. In obiger Behauptung ist mit-

so ist die Gegenprästation dort, wo ein reiner Realvertrag vorliegt, eigentlich nur tantumdem des Gegebenen, selbst wenn der Wille erklärt worden wäre, daß mehr in der Gegenleistung enthalten sein solle, als jenes Gegebene quantitativ enthält.

Paulus Lib. 3. ad Ed.

fr. 17. pr. D. de pactis (2. 14.).

Si decem dem, et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit *).

Dieser Ausspruch Ulpians belegt unsere oben angedeutete Ansicht, denn nur insoweit der Empfänger ohne Grund besitzt, muß er danach die conventio erfüllen; er besitzt aber nur das wirklich Empfangene ohne Grund und nicht dasjenige, was er überdies versprochen hat, und daher bleibt das über dieses Quantum hinaus Zugesagte als lediglich in einer pactio nuda begriffen, unerzwingbar.

§. 11.

Liegt es nach den bisherigen Erörterungen nur in der Natur der Realverträge, daß dieselben durch sich selbst mit Nothwendigkeit eine äußerlich erzwingbare Pflicht erzeugen, oder daß sie den Paciscenten verbinden, die gemachte Leistung fortbestehen zu lassen **); so muß sich demgemäß auch

---

hin nur gesagt, daß die ursprüngliche Giltigkeit des Vertrages in der res liege, das nämlich, daß er überhaupt äußerlich erzwingbar geworden. Die verschiedenen Modificationen des Willens und die Art und Weise der Prästation hängt allerdings von der Absicht der Parteien ab. Es ist daher hier nichts mit dem, was S. 7. vorgebracht wird, Widersprechendes gesagt.

*) **C. 9. C. de non num. pec. (4. 30.)**

**) Es ist der größern Deutlichkeit wegen auch immer noch der Fall bemerkt, wenn beiderseits erfüllt worden, obgleich genau genommen derselbe nicht mehr hierher gehört.

ergeben, daß dieselben überall nur in jedem Staate zunächst von der Gesetzgebung als giltig anerkannt werden. Diese Annahme scheint nöthig, und darum ist es auch natürlich, daß dieselbe in der römischen Gesetzgebung geschichtlich bestätigt wird *). Daß bei den Römern anfänglich alle Verträge nie anders als re abgeschlossen wurden, ergiebt sich bald, wenn man nur die verschiedenen Formen betrachtet, worin dieselben ihre Verträge kleideten.

Der nexus als wohl die erste und zuerst alleinige Form, wie Verträge abgeschlossen wurden, ist nichts als ein Symbol dessen, was der Inhalt eines wirklichen eigentlichen Realvertrags war, nämlich eine symbolische Uebergabe des Vertragsobjectes. In der Form des Nexus finden wir die Idee ausgeprägt, daß nur die wirkliche Uebergabe den Paciscenten ein vollständiges Recht verleihen könne. Wenn dies nun auch nicht überall und sofort thunlich, so ward die Uebergabe doch abgebildet und somit die Richtigkeit der Ansicht bewährt und der Glaube daran durch die sinnbildliche Handlung vollständig gerettet **).

So auch ist die Stipulatio im Grunde nichts als ein Analogon des Nexus. Man konnte sich der Idee wohl nicht entwöhnen, die jene Form des Nexus gebar; daneben aber genöthigt, eine Contractsform zu erzeugen, die, minder schwerfällig, im Verkehr leichter anzuwenden sei, erfand man die Stipulatio. Sicherlich ist es nur als eine Wirkung derselben Idee zu betrachten, die dem Nexus selbst zum Grunde lag, daß auch noch die Stipulatio in so enger und steifer Form auftritt; indem man hierbei gleichsam anstatt der

---

*) Die preußische Gesetzgebung erhebt diese Ansicht gleichfalls zur allgemeinen Regel. A. L. R. I, 5. §. 156.

**) Der Nexus ist die Komödie des Vertrags, könnte man sagen. Denn so wie dort das Leben und Bilder der Geschichte affectirt werden, so hier die wirkliche Uebertragung eines Gegenstandes.

Sache das Wort nicht bloß gab, sondern feierlich verpfändete, — übergab.

Ja gleichmäßig bei der literarum obligatio spiegelt sich jener Grundgedanke noch ab, indem hier bei dem nomen transscriptum die ursprüngliche obligatio auf einen andern feierlich übertragen ward, oder der Schuldner das zu Leistende feierlich in der Schrift wenigstens sinnbildlich leistete. Gleichso tritt das Verhältniß in der Syngrapha hervor.

Etwas Symbolisches ist dabei gewiß durchaus nicht zu verkennen. Auch wird wohl niemand glauben, daß bei den Römern Gründe solcher Art in diesen Formen obgewaltet hätten, wie sie in neuern Zeiten Gesetzgebungen und auch Rechtsgelehrte für die Anwendung gewisser Formen bei den Conventionen aufgestellt haben; nämlich daß damit übereilten Zusagen und Unbesonnenheiten vorgebeugt und bei Anwendung der Form vielmehr einer ruhigen Ueberlegung Gelegenheit verschafft werden solle — und was dergleichen Philanthropisches und Anderes mehr sein mag. Nein, wie sich der Mensch überhaupt nur schwer von seinen Bildern trennen und nicht ohne Mühe von dem mühsamen Klimemen auf den Leitersprossen der Reflexion bis zum Flug der Abstraction erheben kann, — so gilt von dem Römer, daß es ihm besonders schwer gelingen mochte, sich von dem Drucke, den seine Sinnbilder, unter denen er sich mühsam bewegte, auf die Freiheit und Ungehemmtheit seiner Geistesthätigkeit ausübten, loszumachen. — Dies allein dürfte es sein, womit sich erklären ließe, warum im römischen Rechtssystem, nachdem dies selbst die Periode der Kaiser durchwandelt, nur vier Consensualcontracte existiren, — während darin doch, freilich mit dieser Erscheinung in grellem Contrast, alle pacta eine obligatio naturalis producirren, der nichts an ihrer Wirksamkeit entgeht, als daß sie nicht durch eine Klage geltend zu machen ist; — während

selbst die Erscheinung von Consensualcontracten neben Realverträgen nichts als eine arge Inconsequenz ist, indem, ist die Form einmal nicht nöthig, dieselbe niemals nöthig sein kann und umgekehrt *).

§. 12.

Ergiebt es demnach die Natur der Sache und finden wir es in der Geschichte unseres Rechtssystemes bestätigt, daß die zuerst von der Gesetzgebung sanctionirten Verträge Realverträge waren, so mußte sich die dieser Erscheinung zur Ursache dienende Ansicht auch sehr bald als eine von mehr universeller Natur und Giltigkeit darthun. Auch die Gesetzgebung der Römer, obgleich sie nur einzele Arten der Realverträge hervorhob, mußte daher schon zeitig dahin kommen, einen jeden Realvertrag für giltig zu erachten. Denn so wie der Sinn für Gerechtigkeit nur einigermaßen sich über die Herrschaft der zufälligen Form erhebt, so muß es unerträglich erscheinen, daß der Empfänger einer Leistung die seinige, die Gegenleistung, unterlassen dürfe. Derselbe besitzt ja die Gegenleistung ohne Recht, also gegen sein besseres Wissen, d. i. betrüglich — dolo malo.

Sehen wir nun schon frühzeitig eine Verfügung, wie folgende der Zwölftafelgesetze aus der römischen Gesetzgebung entkeimen, so dürften die Gründe dafür dem aufmerksamen Beobachter tiefer liegend und von umfassenderer Giltigkeit erscheinen, als es beim ersten Anblick vielleicht dafür gehalten werden mag.

---

*) Diese Erscheinung, die Realverträge neben den consensuellen, erklärt der Zwiespalt zwischen der schlaffen alten Gewohnheit und dem regen Weitergehen in Verbesserungen.

Ist es aber nicht gerade, wie oben angeführt, auf gleiche Weise in der Wissenschaft κατ' ἐξοχήν! Wie schwer will es mitunter gelingen, sich von knechtischer Anschauung bis zur Freiheit des Gedankens emporzuschwingen!

Es ist in Tab. III. verordnet:

Si quid endo deposito dolo malo factum exit, duplione luitod. *)

Diese Bestimmung betrifft nun allerdings den Worten nach nur das Depositum, allein sie dürfte doch das Product einer allgemeinen Regel, eines mehr umfassenden Grundsatzes sein, und es ließe sich wohl behaupten, daß man dies sogar mit Nothwendigkeit annehmen müsse. Dann aber würde uns die obige Verfügung nur als der Abglanz eines tiefer liegenden Sinnes, nicht anders als ein sichtbarer Zweig eines unserm Blick verborgenen Stammes erscheinen.

Was anders nämlich als die Idee, es sei schändlich, eine fremde Sache widerrechtlich zu besitzen, kann jene Regel für das Depositum erzeugt haben? Diese Idee ist aber wieder nichts Anderes als ein Erzeugniß des Glaubens, daß es schlecht sei, Vortheil zu haben und Schaden zu veranlassen, ohne daß es für jenen ein Recht, für diesen eine Vergütung gebe. Diesen Glauben für das Depositum specificirt und angewendet giebt obige Regel.

Wollte man die ratio in den Mißbrauch des Vertrauens setzen, so eröffnet sich uns die doppelte Schwierigkeit, daß dieselbe einmal aus dem Gebiet der Moral entlehnt sein würde und sodann, daß sie sich zu isolirt darstellte, wenn sie nicht gleichzeitig weiter als auf das Depositum ausgedehnt würde. Denn indem ich eine Sache respectu einer Gegenleistung, wie dies im zweiseitigen Vertrag geschieht, empfange, jene Gegenleistung aber böslich unterlasse, täusche ich nicht weniger das Vertrauen eines Andern, als ich dies beim Deposito thue, dessen Rückgabe ich weigere. Die Absicht, solchem Mißbrauch zu steuern, hätte also ebenwohl und mehr noch eine Verfügung für die übrigen Verträge

*) Pauli L. R. II, 12. §. 11. — Collat. LL. Mos. X, 7.

erzeugen müssen — die wir doch dort nicht vorfinden — weil die Gelegenheit zu solchem Mißbrauch hier sich viel mehr und gerade am wenigsten beim Deposito ergeben mochte.

Bei dieser Voraussetzung würde die Anwendung unseres Satzes bloß auf das Depositum, mithin allerdings vereinzelt erscheinen. Die ratio legis muß also eine andere, sie kann aber wohl nur noch jene erstere sein. So ist es demnach das Widerstreben der Gerechtigkeit, der gerechten Gesinnung gegen das Unrecht, was jene Verordnung producirte — welche erstere nämlich nicht duldet, daß gegen den Satz: suum cuique — gefrevelt werde.

Ist aber demgemäß die Bestimmung der Zwölftafelgesetze nicht aus der Individualität des Depositums zu erklären, sondern hat sie vielmehr den angegebenen Grund, so ist auch von selbst klar, daß dieser Grund in seiner universellen Giltigkeit schon damals in der Ansicht und Gesinnung des römischen Volkes lag, daß aber dessen Objectivirung nur durch die Gesetzgebung gehindert ward, die mit dem Geiste der Gesammtheit des römischen Volkes nicht eins war, vielmehr diesem nothdürftig und vielleicht darum nur nachschickte, weil sie denselben nicht gänzlich aus dem Gesicht verlieren durfte — die darum auch in unserm Falle eine allgemeinere Sitte und für einen singulären Fall sanctionirte.

Auf einem gleichen Grunde, nämlich dem Nachkommen der Gesetzgebung, die mit dem Volksgeiste nicht gleichen Schritt hielt, oder aber dem Festhalten an den schwerfälligen Formen des Nexus und der stipulatio muß es beruhen, daß jene Gesetzgebung zuerst nicht alle Realverträge zur Giltigkeit erhob, sondern außer dem Depositum und Mutuum Commodatum und Pignus. Allein die Folgen und Wirkungen der gerechten Gesinnung wußten sich nachgerade dennoch geltend zu machen, und allmählich kam es demnach doch da-

hin, daß überdies auch alle andere Realverträge für giltig und bindend erachtet und in dieser Eigenschaft von der Gesetzgebung anerkannt wurden *). Damit war nun die Ansicht zur Herrschaft gekommen, daß ein jeder Realvertrag, in welcher Gestalt er sich zeigen und wessen Inhaltes er sein möge, klagbar sei, und damit also das ganze Geschlecht der von uns s. g. Innominatverträge zu ihrem Rechte gelangt. Die Gewißheit, daß anders ja der Accipient dolos besitze und dann dessen dolus malus unterstützt werde, war nicht abzuweisen — und die Gerechtigkeit verwirklichte ihre Ansprüche.

Es konnte aber die Reparation eines solchen Dolus des Empfängers auf zweifache Weise Statt haben. Einmal nämlich, indem derselbe für verpflichtet angesehen wurde, das Empfangne selbst zu restituiren und sodann, indem er das Versprochene gegenleistete. Auf beiderlei Weise kann den Forderungen der Gerechtigkeit genügt werden. Unter beiden Arten hatte die Gesetzgebung zu wählen und indem sie sich dahin aussprach, daß die conventio zu erfüllen sei, scheint die Wahl die beßte zu sein. Daß ja erst mit jenem Augenblicke, wo der Empfänger die Gegenleistung mit Unrecht unterläßt, der dolus des Empfängers sichtbar wird, ist wohl natürlich. Würde man nun darin seine Verbindlichkeit, die von jenem Augenblicke an ihre Existenz gewonnen, setzen, daß derselbe lediglich den Schaden des Andern reparire, so wäre das das beste Auskunftmittel gewiß nicht gewesen, weil jener Schaden alsdann immer erst wiederum hätte ermittelt werden müssen. Einfacher und natürlicher blieb es mithin, daß ihn das Gesetz verband, das Verheißene zu leisten, weil somit ein besserer Anhaltspunkt für die

---

*) Auch hier galt die Wahrheit des sonst auch in anderm Sinne geltend gemachten Erfahrungssatzes: **naturam expellas furca, tamen usque redibit!**

richterliche Intervention gefunden war, nebenbei aber auch jener ratio legis überall genügt wurde, nämlich der Absicht, den dolus vollständig aufzuheben und zu vermitteln. Da dieser letztere in der Nichterfüllung bestand, mithin in der Erfüllung seiner Negation lag, so reichte diese überall aus *).

§. 13.

Bekanntlich hatten die Römer s. g. obligationes naturales. Wir glauben auch diese Erscheinung lediglich für ein Product des Zwiespaltes, worin die römische Gesetzgebung mit dem Culturstand des Volkes, oder eigentlicher vielleicht die verschiedenen Volksclassen unter einander, begriffen waren, ausgeben zu müssen. Sie geriethen damit in die Inconsequenz, obligationes zu haben, die doch wieder keine obligationes waren, ließen aber demnach eine obligatio civilis und naturalis friedlich nebeneinander hergehen.

Es muß bemerkt werden, daß eine solche Zwittergestalt, wie die obligatio naturalis, dem reinen Rechtssinne höchst widerlich erscheinen dürfte und es kann dieselbe auch nimmer in einem Staate gut sein. Denn entweder ist der Inhalt der obligatio naturalis der Art, daß es Rechtens geziemend erscheint, sie geltend machen zu können — und dann muß dies auch unbeschränkt und in jeder Weise Statt finden; oder umgekehrt, die obligatio naturalis ist nicht der Qualität, daß die Gesetzgebung sie für voll anerkennen möchte — und alsdann darf sie wohl auch gar keine Wirkung haben. Es kann auch hier nichts halbgutes geben, und auch hier muß nothwendig schlecht sein, was sich nicht als gut zu legitimiren vermag. Darum giebt es nur zwei Fälle: nämlich entweder ist bei der obligatio naturalis dem Guten der reelle Werth versagt, oder aber es ist dem Schlechten

*) Diese Grundsätze haben auch offenbar den Verfassern des A. L. R. zur Richtschnur gedient. I, 5. §. 156. 157.

darin wenigstens zu einer Giltigkeit verholfen — beides ist grundverkehrt *).

Das System der Römer enthält also darin, daß es obligatio civilis und naturalis anerkennt, halbe und ganze Wirkungen der Verträge sanctionirt, einen Widerspruch: das möchte wohl ein Jeder fühlen. Mochten aber auch dieselben sich dieser Inconsequenz nicht immer klar bewußt sein.**), so ist doch nicht zu leugnen, daß ihr Streben unabläßig, wenn auch nur indirect auf die Vermittlung des Widerspruches gerichtet gewesen, indem früher die Prätur und später die Rechtsgelehrten aus der obligatio naturalis eine civilis mehr und mehr formirten.

Indeß wie wir das Recht der Römer besitzen, so finden wir diesen Unterschied zwischen obligatio naturalis et civilis nun einmal vor und müssen ihn anerkennend bestehen lassen. In Gefolge dieses Satzes, daß die obligatio amphibischer Natur sei, gab es bei den Römern conventiones, die volle Wirkung hatten und daher auch vor Gericht geltend gemacht werden konnten — diese nannte man mit einem Collectivnamen: *contractus*. Alle conventiones, die solche Qualität nicht hatten, sondern deren Wirksamkeit vom Zufall abhieng, nämlich davon, ob man sich Gelegenheit verschaffen konnte, eine exceptio zu formiren, werden dagegen mit dem Namen *pacta* abgefunden.

Ulpianus Lib. 4. ad Ed.

fr. 7. §. 1. D. de pactis (2. 14.).

Quae (conventiones) pariunt actiones in suo nomine

---

*) Seinem ganzen Geiste nach enthält das A. L. R. keine **obligatio naturalis**, obwohl man dieselben mitunter hat hinein deuteln wollen.

**) Was übrigens noch viel erklärlicher bleibt, als daß dieselbe von Rechtslehrern und Gesetzgebungen heuer noch nicht überall anerkannt ist.

non stant, sed transeant in proprium nomen contractus *).

Jener nur gewissen conventiones eigenthümliche Namen (proprium nomen) contractus ist durchaus ein juristisches Kunstwort der Römer, aber auch erst in spätern Zeiten gebildet. Bei Cicero und seinen Zeitgenossen findet es sich nämlich nicht, und da besonders jener so häufig Veranlassung hatte, es zu gebrauchen, so muß wohl daraus folgen, daß es zu dessen Zeit noch gar nicht existirte. Cicero sagt Statt contractus — wie auch sehr häufig die Pandectenstellen — immer res contractae, negotium contractum **).

Wenn auch indeß das Substantiv contractus erst später aufgenommen ward, so hat doch das Zeitwort contraho bei den Römern und vorzüglich den classischen Juristen stets die Bedeutung gehabt, daß es ein klagbares, äußerlich erzwingbares Rechtsverhältniß bezeichnete und insofern ebenfalls ein juristischer Kunstausdruck war ***).

Daher sind, was hier der Vollständigkeit wegen anzumerken war, contrahere und obligari reine Wechselbegriffe, und ebenso sind obligatio und contractus im Munde der Juristen gleichbedeutend.

Paulus Lib. 58. ad Ed.

fr. 20. D. de jud. (5. 1.)

Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est: ubicunque aliquis obligatur et contrahi videtur, quamvis non ex crediti causa debeatur.

---

*) M. V. oben §. 9.

**) Cat. IV, 5. Off. 1. 5. 17. II, 11. 18. III, 15.

***) Z. B. fr. 2. 34. §. 3. D. de actt. emti (19. 1.) — fr. §. 3. D. de pactis (2. 14) — fr. 1. §. 2. D. de rer. perm. (19. 3.) — fr. 5. §. 8. D. de trib. act. (14. 4.) — fr. 26. §. 2. D. de pact. dot. (23. 4.) — fr. 2. D. de O. et A. (44. 7.)

§. 14.

Um nun für unsern Zweck nicht unvollständig zu sein und besonders zur bessern Begründung der späterhin folgenden Erörterungen ist es nöthig, hier auch im Allgemeinen und mit weitern Umrissen die verschiedenen Arten darzustellen, nach welchen bei den Römern die conventiones in der Regel klagbar, d. i. zu contractus wurden. Dies muß aber von dem Betrachtungspunkt aus geschehen, welcher sich in dem System darstellt, das Justinian auf uns kommen ließ.

Nachdem das römische Recht die damalige Stufe seiner Ausbildung errungen, gab es eine vierfache Weise, den conventiones gerichtliche Wirksamkeit zu verschaffen, sie in contractus zu verwandeln, oder was damit gleich ist: eine obligatio zu constituiren. Man hat daher die contractus selbst hiernach in vier Klassen zergliedert und dies, wie es scheint, zum ersten Verständniß der ganzen Lehre gar nicht undienlich. Da aber die Eintheilung bloß die zufällige Art der Entstehung einer obligatio betrifft, so liegt schon darum weiter kein wissenschaftlicher Werth darin, eben weil die Unterscheidungsmerkmale weniger vom Wesen selbst als von äußern zufälligen Umständen hergenommen sind. Es möchte sogar logisch unrichtig sein, die verschiedenen Vertragsformen als so viele Arten von Verträgen selbst aufzufassen *), wie es zumeist geschieht, ja diese Unrichtigkeit zeigt sich schon deshalb ganz klärlich, weil stipulatio und gewissermaßen literae bei einer jeden Art von Vertrag von jedem beliebigen Inhalt vorkommen konnten.

Auf solche Weise werden die conventiones nicht sowohl eigentlich classificirt, als vielmehr es wird nur angegeben,

*) Man denke nur daran, daß die emtio z. B. als Consensual-, als Literal- (in der Syngrapha) und als Verbal-Contract (durch Stipulatio) eingegangen werden kann.

auf wie mancherlei Weise man einen Vertrag klagbar machen, eine obligatio erzeugen könne. Allein hieraus läßt sich das Wesen derselben so wenig erkennen, als aus einem Geburtsregister der Menschen der darin verzeichneten Charakter.

Mehr noch möchte allerdings scheinen, als ob die oben angedeutete Unterscheidung nach Consensual- und Realverträgen zum innern Verständniß beitragen können, indem dabei doch der specifische Unterschied einer solchen obligatio, die noch lediglich am Willen klebt und einer solchen, die auf eine Sache gerichtet ist, darum aber schon mehr die Natur eines Eigenthumsanspruches angenommen hat, sich bedeutend klarer hervorhebt.

So wenig hier der Ort sein kann, diese Idee weiter fortzuführen, eben so sehr liegt es zu Tage, daß bei einer consequenten Durchführung und Anwendung derselben die höchste Sicherheit des Urtheiles wird vorwalten müssen, indem anders eine Menge Monstrositäten sich erfinden lassen könnten — die freilich in unserer Wissenschaft eben nicht sehr selten sind *).

---

*) Jede Classification der **obligationes**, die auf Wissenschaftlichkeit Anspruch machen will, muß natürlich aus dem innersten Wesen derselben hergenommen sein. Allein man möchte fragen, ob eine solche strengwissenschaftliche Eintheilung auch zum bessern Verständniß der römischen Rechtstheorie — die doch nichts ist als ein Product der Geschichte, wobei keineswegs die Spuren der Direction des Verstandes sehr kennbar sind, (denn dafür ist die der Römer zu sehr verworren) — eben viel beitragen könnte. Wo so viel Aeußerliches und Zufälliges sich ergiebt, wie in einer positiven Gesetzgebung, zumal eines Volkes wie die Römer, die keineswegs immer consequent noch einem fixen Princip, sondern bald von Monarchen, bald Demokraten, bald Aristokraten fluctuirend regiert wurden — wie kann da Consequenz und Harmonie vorwalten! Wenn nun auch identischem Denken gelingen sollte, Einiges in eine wissenschaftliche Anordnung zu fassen, so dürfte doch wieder so viel solcher Anordnung Widerstrebendes sich auf-

§. 15.

Wollten wir bei der oben angedeuteten und hier zu versuchenden allgemeinen Uebersicht der römischen Contracts-

---

thun, daß über den vielen Satzungen des Gemüthes und wiederum deren Verzweigungen ins rein Willkührliche, sich zuletzt alles in totaler Verwirrung auflösen möchte. Wir sehen auch selbst an neuern Beispielen wieder die Mißgriffe solcher Versuche. So versuchte **Dr. F. Gans** im Obligationenrecht eine Eintheilung in **obligationes stricti juris** und **bonae fidei** durchzuführen. Allein man begreift kaum, wie es dem unleugbaren Scharfsinne desselben entgehen mochte, daß dieselbe allen innern Gehaltes entbehre. Jene Eintheilung klebt ja doch an etwas rein Aeußerlichem, nämlich dem bloß zufälligen Umstande, daß der **rigor juris** bei gewissen Vertragsformen fortwährend sich in größerer Kraft äußerte, während bei andern nicht so. Besagte Eintheilung kann schon darum das Wesen des Vertrags nicht treffen, weil ich in jedem Augenblicke einen jeden Vertrag in einen **stricti juris**, z. B. durch Stipulation, umwandeln könnte — diese Zufälligkeit als solche aber ohne Bedeutung bleiben muß.

Gleich werthlos scheint eine andere exorbitantere Eintheilung, die ihr Auctor (Hegel, Naturrecht §. 80.) für die einzig wahre declarirt und die auch Gans demnach in seinem System des römischen Civilrechtes adoptirt hat. Nach Hegel sind die Verträge entweder Schenkungen oder Tausch. Zu jenen gehören 1) die eigentliche Schenkung, 2) das Leihen *a*) einer specifischen Sache als Verschenken eines Theils des Gebrauchsrechtes, **commodatum**; *b*) einer allgemeinen Sache (**res fungibilis**) als Verschenken des Genusses, **mutuum** ohne Zinsen; 3) das Schenken einer Dienstleistung, Depositum, Mandatum ꝛc. — Unter Tausch werden alle übrige Verträge gereihet, bei denen Gegenleistungen Statt finden. Weil nun aber unter keine von diesen beiden Kategorien die **cautio** zu passen schien, so macht Hegel die Eintheilung trichotomisch und reiht als drittes Eintheilungsglied den Verträgen noch deren Vervollständigung durch **cautio** an. Allein es ergiebt sich hierbei schon allein in der letztern Rücksicht ein doppelter Mißgriff. Entweder beruht ja die Bestellung einer **cautio** auf einem Vertrag (es gehört hierher **hypotheca, fidejussio etc.**), oder dies ist nicht der Fall. Ist darüber kein selbstständiger Vertrag geschlossen, oder überhaupt soll sie nicht ein selbstständiger Vertrag sein, so besteht sie ja nur mit einem andern und hat dann für sich gar keine Bedeutung — es kann mithin mit ihr

formen die natürliche Ordnung beibehalten, so müßten wir ohne Zweifel mit den Realverträgen den Anfang machen, weil gewiß sie zuerst zur Klagbarkeit gelangten. Für un-

---

auch keine dritte eigene Vertragsclasse geben. Ist sie aber ein Vertrag, nun so ist sie, sobald sie ohne Pflicht des Cavirenden erfolgt, Schenkung; wenn aber gegen Vortheile, Tausch. Jedenfalls indeß ist die **cautio** zu den selbstständigen Verträgen zu rechnen — man denke nur, daß dieselbe überall auch von einem Dritten erfolgen kann — selbst dann, wenn sie auch nur als Bestärkungsmittel in Betracht kömmt — und somit laborirt besagte Eintheilung und Subsumtion an einem wesentlichen Mangel, nämlich logischer Unrichtigkeit, in welche hier selbst Hegel der Classification zu Liebe verfallen zu sein scheint.

Es möchten sich indeß auch noch andere Mängel ergeben. Daß nämlich z. B. das Mutuum unentgeltlich ist, ist gar nichts Eigenthümliches des Darlehens, weil dasselbe jeden Augenblick in ein **foenus**, also einen Tauschvertrag umgewandelt werden mag, dennoch aber Darlehen bleibt. Gleich zufällig ist es, daß ein **depositum** nicht ein s. g. **irregulare** ist, wo also die Dienstleistung nicht eine reine Schenkung enthalten würde. Ferner wenn Hegel meint: „die Schenkung einer Sache mit der besondern Bedingung, „daß der Andere erst Eigenthümer wird, auf den Zeitpunkt des „Todes — — liege nicht im Begriffe des Vertrages," so gilt diese Annahme doch lediglich von testamentarischen Dispositionen; der Erbvertrag mit seinen verschiedenartigsten Modificationen, wozu im Allgemeinen auch die **donatio mortis causa** zu rechnen, scheint dabei gänzlich übersehen.

Wenn man nun bedenkt, daß hiernach die Eintheilung zu einseitig ist, um als allgemein-rechtswissenschaftliche zu gelten, welche letztere von jeder positiven Gesetzgebung abstrahirt und doch wiederum auf alle passen muß; daß dieselbe aber auch wieder auf der andern Seite zu gekünstelt dasteht, um auf das römische Recht zu passen, d. h. ihm angemessen zu sein, weil unter andern danach das Depositum regulare an einem ganz andern Orte als das irregulare, das Darlehen mit Zinsen bei weitem anderswo, als das Darlehen ohne Zinsen angebracht und abgehandelt werden müßte, so verliert dies System wohl allen Werth. — Auch scheint es nicht anders, als die Zufälligkeiten eines positiven, des römischen Rechtssystems, haben Hegel bestimmt, eine Eintheilung zu erfinden, die im Wesen der Dinge nicht liegt, sich wissenschaftlich also auch nicht rechtfertigen lassen wird; es scheint, daß die rechts-

sern Zweck hindert es aber nicht, wenn wir, wie es ja auch häufig sonst geschieht, diese Ordnung zum Theil umkehren *).

I. Bei den Römern konnte eine jede conventio in einen contractus umgeschaffen werden, wenn in einer feierlichen, mündlichen, passenden Frage das Vertragsobject einerseits gefordert, anderseits in einer dergleichen Zusage versprochen ward. Daß eine conventio, der diese Form aufgedrückt war, mehr Wirkung hatte, als wenn sie placiti fine stetit **), würde gar keinen Sinn haben, wenn nicht der

---

philosophische Ansicht wie so häufig, so auch selbst bei Hegel, in der römischen untergegangen sei, so daß, was sich in dieser nicht vorfindet, auch in jener keinen Platz gefunden.

Ziemlich gut bis auf geringe Ausnahmen sind die Verträge im A. L. R. classificirt. Hier erscheinen unter den Erwerbungsarten des Eigenthums und zwar den mittelbaren: Kauf, Tausch, Cession, Trödelvertrag, gewagte Geschäfte (unter diesen Assecuranzverträge, Lotterie, Spiel, Wette, Leibrente, Wittwencassen 2c. Inconsequent scheint es, die **emtio rei speratae** und **spei**, so wie Kauf künftiger Prästationen nicht unter Kauf zu stellen. Altertheil gehört nicht unter die gewagten Geschäfte, weil der Berechtigte gar nichts wagt); Darlehen, Schenkung, Erbvertrag, **locatio conductio operarum** (im römischen Rechte sehr unpassend mit der Miethe zusammengestellt, wenigstens nach unseren Begriffen, die wir keine Sclaven mehr haben), Prämien, Verlagsvertrag. Unrichtig scheint, daß Vollmachtsvertrag zur Erwerbungsart durch Dritte gezählt wird, da ebensowohl Anderes damit bezweckt wird, z. B. im Proceß Abwehr der fremden Ansprüche u. s. w. Andere Verträge gehören unter die Arten, das Eigenthum zu conserviren: Depositum, Caution, Bürgschaft. Andere wieder zu Benutzungsarten fremden Eigenthums, z. B. Leihvertrag, Miethe 2c. — Gewiß bleibt, daß auch hier zu wünschen übrig ist, allein mit mancher heuer versuchten Classificirmethode kann diese es wohl aufnehmen, weil sie stets den Vorzug behalten wird, viel Natürliches zu besitzen.

*) Weil in Rücksicht der Realverträge eine erweitertere Erörterung Statt finden und hieran sich der Fortgang unserer Abhandlung knüpfen soll, so schien es zwecklich hier, wie es geschieht, zu verfahren.

**) V. oben §. 9.

Grund hiervon in der ursprünglichen geistigen Schwerfälligkeit der Römer und darin gefunden werden möchte, daß in dieser feierlichen Zusage gleichsam das die Sache repräsentirende Wort förmlich übergeben ward, daß die Reflexion, die sich noch nicht von dem Bild der Sache trennen konnte, in diesem Symbol einen Anhaltspunkt gefunden hatte *). Der Wortetausch mußte darum auch in continenti erfolgen.

Es dürfte daher anzunehmen sein, daß diese Contractsform nicht sowohl von der Gesetzgebung als vielmehr von dem Volksgeist eingeführt und höchstens von jener bestätigt worden sei. Will man legislative Gründe in der Einführung finden, so scheint es, als ob man sich für etwas außerdem sehr wohl Begreifliches auch noch einen Grund erdenken zu müssen geglaubt habe, an den die Römer am wenigsten gedacht haben mögen. So ist z. B. dafür angeführt worden, daß eine solche mehr feierliche Weise die Paciscenten vor Uebereilungen hüten werde **). Dieser Grund widerspricht aber der Sache selbst — auch abgesehen davon, daß bei den Römern nicht wie bei uns gelehrte Gesetzgebungscommissionen zu Rath gesessen, die mitunter dasjenige, was sie als gut abstrahiren, der Gesammtheit wie einen fremden Stoff förmlich einimpfen — indem man auf eine unerwartet an einen gerichtete Frage, z. B. **dabisne mihi decem? — nur dabo oder quid ni** ***) zu sagen

---

*) Man ist gedrungen, anzunehmen, daß die Feierlichkeiten und das Wortgepränge zuerst viel bedeutender gewesen, als so wie es in unsern Quellen sich dargestellt findet, denn auch hier hat sicherlich der läuternde Zeitenlauf den überflüssigen Wust mehr und mehr fortgeschafft.

) Der patriotische Justus Möser hat in seinen Phantasieen **(II, 20.) sogar die Wiedereinführung der römischen Stipulationsformen in Vorschlag gebracht und das in allem Ernste. Bei diesem Vorschlage scheint dann freilich der Patriotismus das Beste!

***) **fr. 1. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)**

brauchte, um als promissor feierlichst gebunden zu sein, was ja doch wohl um nichts feierlicher ist, als in unserer Muttersprache „Ja" zu sagen. — Die Erwiederung des Promissor brauchte bloß congruent zu sein, und dann war die Stipulation in ihrer damaligen Gestalt nicht förmlicher, sondern höchstens nur feierlicher, als bei uns mancher mündlich abgeschlossene Vertrag *).

§. 16.

II. Eine weitere Weise, die conventio zum contractus zu erheben, bestand in schriftlicher Aufzeichnung und Beschreibung der gegenseitigen Prästationen. Sobald nämlich bei einer conventio, anstatt solche mündlich durch feierliche Anrede und Gegenrede in eine stipulatio zu verwandeln, der Worttausch schriftlich verfaßt worden war, (συγγραφὴ,) nahm dieselbe ebenfalls die Eigenschaft des contractus an **). Man kann aus mancherlei Gründen wohl nicht anders, als die Syngrapha für einen ältern römischen Contract zu hal-

*) Alle Feierlichkeiten außer Gegenwart der Parteien und passenden Antwort in continenti, sind bekanntlich aufgehoben, §. 1. J. de V. O. (3. 16.) C. 10. C. de contr. et comm. stip. (8. 28.) Wegen der im Symbol liegenden Aehnlichkeit der Stipulationen mit den Realverträgen muß man annehmen, daß dieselben in Rom schon sehr frühe zur Giltigkeit gelangt seien, ja als Analogon des Nexus fast gleichzeitig mit diesem.

**) Es scheint nicht anders, als ob die Syngrapha das zweiseitige, feierlich-schriftliche (wie Theophilus es beschreibt ad §. un. J. de Litt. ab) Geschäft gewesen, dagegen Chirographum das einseitige Schuldbekenntniß bedeuten müsse. Dies müßte selbst durch die Wortbedeutung einigermaßen unterstützt werden. Man ist bei dieser Voraussetzung genöthigt anzunehmen, daß Syngrapha ein älterer und feierlicher römischer Contract gewesen. Was bei Gajus III, 134. hiergegen zu sprechen scheint, kann man ebensowohl für verstümmelt erachten, weil gerade dort sich bedeutende Lücken finden, als man auch mit Schweppe (Rechtsgeschichte §. 307.) annehmen kann), die feierlichere Form habe sich vor Gajus bereits verloren gehabt.

ten, der überall die Rechte der Stipulatio vertrat; beim Stummen z. B. war eine andere Auskunft gar nicht möglich, oder man mußte diesem alles Contractrecht versagen. Die Aehnlichkeit mit der feierlichen Anrede und Gegenrede, die bei der feierlichen Schrift bis auf den Laut sich wiederfindet; die Leichtigkeit, womit dieserhalb und aus andern Gründen der symbolisirende Römer auf diese Form verfallen mußte — dies zusammen nöthigt uns den Glauben ab, daß diese Contractform sehr frühzeitig aufgekommen sein müsse *).

Gleichergestalt konnte man eine Schuld auch durch transscriptio in einen Literalvertrag verwandeln, indem nämlich entweder die bisher im Obligationsnexus stehenden Personen sich ipse als Gläubiger und Schuldner in ihre codices accepti et expensi gegenseitig einschrieben, oder eine dritte neue Person als Gläubiger oder Schuldner darinnen eingeschrieben ward und sich einschrieb — transscriptio a re in personam — a persona in personam.

§. 17.

III. Es giebt nun aber auch einige Species von conventiones, die durch die bloße Einwilligung, den solum consensum, klagbar d. i. contractus wurden. In dieser Erscheinung finden wir eine grelle Abweichung der Römer von ihrem auch oben erwähnten Grundsatze, daß der Vertrag, der blos mit denen zu seinem Begriffe nöthigen Eigenschaften und Erfordernissen versehen sei, keine Obligatio erzeugen solle, nicht unter die contractus gehören dürfe. Diese Vertragsclassen, welche zu der letztern Ausnahme gehören, bilden den exorbitantesten Gegensatz der Realverträge. Wenn die Römer nach der Natur der Sache und vermöge ihrer Eigenthümlichkeit nur einen solchen Vertrag für wirksam halten konnten, wobei sofort eine Leistung erfolgte (welche letz-

*) Cf. fr. 62. D. Mand. (17. 1.) fr. 38. D. de O. et A. (44, 7.)

tere allein nach Obigem solche Wirkung haben durfte) so ward beim Nexus in solcher Rücksicht der Schein gerettet, indem die traditio wenigstens symbolisch erfolgte. Bei der Stipulatio vertrat die feierliche Verpfändung des Wortes als verkörperten Willens die reelle Haft des Objectes, und wird so Symbol der wirklichen Uebergabe. Bei der literarum obligatio ward der Sache selbst deren Beschreibung substituirt, es ward gleichsam die Copie des Objectes Statt seiner selbst tradirt. In allen diesen Fällen hatte man etwas mehr Körperliches zum Gegenstande gemacht; man hatte etwas auf die äußern Sinne mehr Wirkendes — aber dies alles fällt bei den s. g. Consensualverträgen durchaus weg.

Daher möchte die große Verschiedenheit auffallen, die in der Art liegt, wie Consensualverträge contractus werden und jener Weise, wie dies bei allen andern Verträgen geschieht. Wenn man indeß die Individualität dieser Consensualverträge näher ins Auge faßt, so möchte das anscheinlich Schroffe in dieser Erscheinung und in dem vorhandenen Gegensatze schwinden, wenigstens sehr erklärlich werden. Es wird sich vielmehr ergeben, daß die Erscheinung selbst nur ein Product dessen sei, was die Natur der Sache genannt wird. Ziehen wir, und dies näher nachzuweisen, die Consensualverträge selbst einzeln in die Betrachtung.

1) Das Mandat war und ist seiner Natur nach ein Vertrag über etwas Zukünftiges: ad gerendum. Das römische Mandat gehörte überdies auch zu derjenigen Classe von Aufträgen, die unentgeltlich ausgeführt werden: gratuitum. Schon hierin liegt aber die unabweisliche Nothwendigkeit, daß es mit dem bloßen Consens perfect werden mußte, denn auf eine andere Weise war die Pflicht ad gratuite gerendum durchaus nicht zu constituiren. Hätte das Mandat erst mit einer Leistung des Mandanten d. i. re perfect werden sollen, so wäre es nothwendig unter den

Begriff der locatio conductio gefallen, was die Natur des Geschäftes nicht gestattete: nam originem ex officio et amicitia trahit *). Auf der andern Seite konnte begreiflich mit der Leistung des Mandatars nicht erst eine obligatio entstehen sollen, denn hiermit, als mit dem Ziel der Contrahenten, hörte diese letztere ja auf — es gab nun keine obligatio mehr, weil das Mandat insofern einseitig war, als der Mandant (verschieden hierin vom locator, conductor) nichts zu prästiren hatte. Die Verpflichtung dieses letztern: ut indemnis servetur mandaturus, war keine directe Folge jener obligatio, die im Mandatsvertrag lag, sondern trat zuweilen nur immer erst ein nach der generellen Regel der bona fides, daß keiner durch den andern Schaden leiden solle. Sie war insofern bloß zufällig, als nur ein zufälliger Umstand bewirkte, ob und daß der Mandatar einen Schaden erleiden und somit eine Forderung haben werde.

2) Gleichmäßig ist es auch bei der Societas nicht denkbar, daß erst eine Leistung die andere bedinge: re contrahatur obligatio. Die societas ist immer auf einen zukünftigen, gegenseitig von den Gesellschaften durch deren gemeinschaftliche Kräfte zu erreichenden Zweck gerichtet. Soll es also überhaupt eine societas geben, so muß dieselbe nothwendig ein contractus consensualis sein **).

3) Bei dem Steigen der Cultur; nachdem die Industrie sich vermehrte und deren nothwendige Folge eintrat, nämlich ein vergrößerter und mehr nach außenhin sich verbreitender Verkehr; als man ferner ein allgemeines Tauschmittel, das Geld, erfunden und in schnellern Umlauf gebracht

---

*) Paulus fr. 1. §. 4. D. mandati (17, 1.).

**) Allerdings ließe sich dem entgegnen, daß die beiden Generalformen für contractus in der stipulatio und der littera noch übrig geblieben seien; allein in dieser Rücksicht gilt von der societas, was unter 3. von dem Kauf gesagt wird.

hatte —: da konnte es nur höchst lästig sein, in einer der schwerfälligen Contractsformen zu verkehren, besonders aber Handel zu treiben. Darum mußte es ersprießlich und nothwendig scheinen, daß die allgemeinste aller Formen der Eigenthumsübertragung, die damals auch schon die unerläßliche des Handelverkehres war, so einfach als möglich sei und werde.

Für den Fall, daß Geld, eine Geldsumme, einerseits das Tauschmittel, das Mittel die Besitzesübertragung zu erlangen, sein sollte, rechtfertigt es sich jener Gründe wegen ganz von selbst, und damit ist es hergestellt, daß sich bald die natürliche Nothwendigkeit davon ergeben, daß der Kauf, d. i. jener Tausch auf Geld, nudo consensu zum Contractus werde. — Was beim Kauf exorbitant scheint, daß nämlich der bloße Consens ihn zum Contract machte, das war demnach ihm utilitatis gratia eigen.

4) Aus fast gleichen Gründen, besonders aber bei zunehmenden numerischen Andrange der Bevölkerung ergab sich die Nothwendigkeit, daß auch die locatio conductio ohne reelle Leistung zum contractus werde. Zumeist hier wohl war eine reelle Leistung im Anfange gleich bei der conventio nicht möglich und nicht zweckmäßig. Blicken wir ins wirkliche Leben, dessen Forderungen auch bei den Römern die ewigen Ansprüche an die Gesetzgebung sind, so mochten die Verhältnisse der römischen Pachter, Miether und Handwerker (bei der locatio operarum) — wohl nicht unähnlich denen der unsrigen — es selten zulassen, daß sie den Pacht im voraus bezahlten und hiermit sich ein Recht auf den zugesagten Gebrauch der Sache erwarben. Dem ärmern Handwerker oder Taglöhner den Lohn vor der Arbeit zahlen, mußte dort wie hier meist bedenklich sein. Darum lag es wieder in der Natur der Verhältnisse, daß der Pachter zuerst den Gebrauch der Sache und damit die Gelegenheit

hatte, sich die Mittel zur Bezahlung des Pacht- und Miethgeldes zu erwerben, bevor er letzteres zahlen mußte; oder aber, daß der Werkmann erst die Arbeit verrichtete, ehe man ihm die Bezahlung verabreichte. Die Natur der Sache, die der Gesetzgebung stets Norm und Ziel leiht, ergiebt es diesemnach auch hier, daß die obligatio, der contractus entstand, ohne eine reelle Leistung. Nur auf solche Weise war das Interesse dessen, der pachten oder miethen sollte, und jenes, der vermiethen wollte, der eines Handwerkes bedurfte, gleichmäßig gewahrt.

Indeß besteht ungeachtet dessen, daß die Consensualverträge durch die unabweislichen Forderungen des bürgerlichen Vereines so sich gestalten mußten, wie sie gerade sind, dennoch die Verschiedenheit unter ihnen und den Realverträgen, welche sich zuerst so schroff und grell zeigen möchte, in Rücksicht der Wesenheit wohl nur halb. Beim Mandat und der Societas liegt es nämlich, wie oben bemerkt, in dem Gegenstand und Zweck des Vertrages, daß sie nicht anders als durch bloßen Consens contractus wurden.

Beim Kauf aber war die obligatio nach Art der obligatio naturalis mit dem bloßen Consens doch gleichsam immer nur halb vorhanden, denn sie konnte gerichtlich nicht geltend gemacht werden, bis daß erst mit der Leistung selbst die actio vorbereitet und begründet war. Es ist ja bekannt, daß der Käufer keine Klage hatte, bis er den Preis bezahlt, und umgekehrt, der Verkäufer den Preis nicht fördern konnte, so lange er nicht die Sachen übergeben *). Der endliche Zweck einer jeden obligatio, nämlich deren gerichtliche Giltigkeit, die Klag-

*) fr. 11. §. 2. fr. 13. §. 8. 9. fr. 25. D. de actt. emti vend. (19. 1.) C. 5. C. de evict. (8. 45.). — Daß es beim Creditiv des Kaufpreises anders war, liegt in dem hierin enthaltenen pacto adjecto, worin der Verkäufer auf besagtes Recht verzichtet; und daß eine reelle ablatio pretis der Zahlung gleich steht, versteht sich ebenso von selbst.

barkeit derselben, war also immer erst mit der Leistung, der res vorhanden *).

Auch der Vermiether, sei er locator rei oder locator operarum, hatte erst dann eine Klage auf Erfüllung, wann der Mitcontrahent den Gebrauch der Sache oder der Dienste gehabt. Also allein beim Miethen, mithin nur in einem Falle war es gänzlich anders, dies aber lediglich utilitatis et necessitatis gratia. Beim conductor rei nämlich, weil entweder er erst durch den Gebrauch der Sache die Mittel zur Zahlung des Zinses erhielt, oder auch ein wohlhabender Miethsmann nicht so häufig zu haben war; beim conductor operarum, weil er wohl selber vom locator die Versicherung erhalten konnte, daß die etwa vorher berichtigte mercès nicht vergeblich gegeben sei. Es kann aber auch hierbei wieder etwas Wesentliches und Eigenthümliches, sicherlich auf den Gesetzgeber Einwirkendes nicht außer Acht gelassen werden, daß nämlich die praestatio des locator rei immer, die des locator operarum meist eine in der Zeit andauernde, eine Summe fortgesetzter Leistungen war, wobei es selbst nach dem Beginn derselben höchst zweifelhaft sein mußte, ob sie vollständig nach dem Inhalte des Vertrages werden würde und könne.

So liegt es also theils im innersten Wesen der Consensualverträge, theils in den Verhältnissen des bürgerlichen Verkehres, theils aber auch ist es nicht so sehr von der Regel abweichend und dieselben von andern Contractsformen schroff scheidend, als es wohl zuerst scheinen möchte: daß unsere Consensualverträge nudo consensu zu contractus wurden.

Zwar sind später auch noch andere Verträge unter die

---

*) Insofern hat die emtio viel Aehnlichkeit mit unsern s. g. Realverträgen, wo die conventio vor der Leistung bestand und erst durch das Annehmen dieser letztern die obligatio sich erzeugt.

consensuales erhoben worden, allein diese Erscheinung zeigt sich erst, nachdem das römische Recht aus seinem ihm sonst eigenthümlichen Kreise herausgetreten und theils durch politische, theils durch andere Rücksichten das ursprüngliche System modificirt und anders geworden war. Bei der donatio propter nuptias und promissio dotis z. B. sind es die Absichten, die Ehe zu fördern; bei der donatio dagegen ist noch nicht Alles ganz formlos, denn wenn sie eine gewisse Summe erreichte, so mußte sie gerichtlich insinuirt sein u. s. w.

§. 18.

IV. Wir wenden uns nun zu jener Classe von conventiones, die von allen übrigen insofern specifisch verschieden sind, als damit jedesmal wie bei jenen nicht eine reelle Leistung verbunden ist und die darum Realverträge genannt werden. Sie hätten im System wohl immer den ersten Platz einzunehmen aus dem doppelten Grunde, weil sie in Bezug auf ihre Entstehung geschichtlich die ersten sind, und weil sie überdies durch ihre Anzahl so wie ihre Wichtigkeit — es ist damit immer eine wirkliche Veränderung der Rechtssphäre verbunden — auf denselben Anspruch haben *).

Bei den Römern mochten anfänglich freilich noch nicht alle Realverträge zu ihrem Rechte kommen **). Allein zu dieser anfänglichen Zeit mußten alle contractus von einem bestimmten Guß sein, in einem genau vorgeschriebenen Auf-

---

*) Dieselben sind darum auch im System vor allen andern genannt, z. B. bei Gajus III, 89. Bei Justinian §. 2. J. de obl. (3. 14.) J. 3, 15. 16. 22. 23. Hieraus läßt sich wieder ein Argument für die oben angedeutete Entstehungsgeschichte der contractus nehmen, daß nämlich zuerst die contractus reales, dann die verbales mit den literales und zuletzt die consensuales zur Anerkennung gekommen sind. Für zufällig darf es wohl nicht erachtet werden, daß wir sie immer in dieser halben Reihenfolge genannt und abgehandelt finden.

**) Vgl. oben §. 12.

putz erscheinen. Was nicht von diesem Guß, nicht in diesem Aufputz war, hatte keinen Werth *). Sobald aber man sich von diesem beschränkten Standpunkte nur einigermaßen zu erheben vermochte, machte sich auch der Grundsatz geltend, daß, so oft von Contrahenten der eine seine Obliegenheiten erfüllt, das, was er versprochen, geleistet hatte, hiermit auch die der Leistung vorhergegangene conventio zum contractus geworden war — re contrahitur obligatio. Die Obligatio, möchte man sagen, war convenirt, ward aber erst mit der Leistung contrahirt.

Gajus Lib. 3. ad L. XII. tab.

fr. 48. D. de pactis (2. 14.).

In traditionibus rerum, quodcunque factum sit, id valere manifestissimum est.

Ulpianus Lib. 4. ad Ed.

fr. 7. §. 2. D. ib.

Sed si in alium contractum (cui nomen proprium est) res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem, ut puta, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem.

In dieser Rücksicht könnte nun aber wohl ein Zweifel entstehen, den sofort zu beseitigen wir uns veranlaßt glauben. Man kann sich nämlich in Bezug auf den Anfang einer obligatio ex re zwei Fälle denken, so daß entweder die Leistung zugleich mit der conventio erfolgt, oder diese letztere in einem gewissen Zeitraum vorhergeht und die Leistung des Convenienten späterhin gemacht wird. Im Anfange scheint

---

*) Es ist dies ungefähr so viel, als wenn man nur Papier mit einem gewissen Stempel für die gute Folie einer Schrift ansehen möchte, da doch der Stempel nicht den innern Werth des Papieres und das Papier nicht den Werth der Schrift bestimmen kann.

dies keine Subtilität zu sein, denn der Unterschied ist an sich wirklich vorhanden. Wenn ich contrahire: do ut des, so ist dies ganz anders, als wenn ich contrahire: dabo ut des. Dort muß die Leistung mit der conventio geschehen, hier geschieht sie nachher, es ist also hier ein zweiter Act nöthig, um einen contractus zu produciren.

Allein in Bezug auf unsere Frage scheint es doch nur, daß diese Unterscheidung auf einer Subtilität beruhe, in der That schwindet letztere. Die frühere conventio und spätere datio, Leistung, sind zusammen nur eine Handlung, weil letztere nur als eine Fortsetzung der erstern erscheint. Kömmt bei einer jeden Handlung die Absicht und die letztere Erscheinung in Betracht, so ist ohne vollständige Erreichung beider keine Handlung vorhanden, gar nicht da — mit der letzten Thatsache, die noch an Erreichung der Absicht fehlte, ist diese erst vollkommen erreicht und erst damit die Handlung ganz vollzogen. Wenn der Empfänger der Leistung dieselbe als zu dem frühern Versprechen gehörend noch annimmt, so ist hierin auch, könnte man vollends sagen, eine gleichsam stillschweigende Erneuerung der frühern conventio. Indeß ist es nicht immer nöthig, zu diesen Auskunftmitteln seine Zuflucht zu nehmen, denn zum Realvertrag gehört nichts als conventio und res, daß solche aber in einem Momente existiren werden, ist nicht erfordert, und wenn die res sich nur auf jene conventio bezieht, so reicht dies vollkommen aus. Anders haben auch die Römer sich die Sache nicht vorgestellt *).

---

*) Cf. fr. 15. D. de praesc. verb. (19. 5.) fr. 5. §. 3. D. de pactis (2. 14.). Hugo warnt übrigens sehr vor *faciam* ut det etc. Rechtsgeschichte §. 124.

In Rücksicht der im Text angedeuteten Nothwendigkeit des Zusammenfassens der **conventio** und der **praestatio** unter den Begriff einer einzigen Handlung liefert ein schlagendes Beispiel C. C. Collmann Strafrecht §. 160. So wie dort der Dieb, der

Von mehrern bestimmten Arten der auf solche Weise zum contractus zu erhebenden conventiones ist es unbestritten und allgemein angenommen, daß sie wirklich zu solchen durch die res umgewandelt wurden. Gerade von diesen Species gilt es indeß, daß dieselben in einem civilisirten und größern Verkehr ausübendem Staate sehr häufig vorkommen. Es ist darum auch durch sich selbst erklärt, daß dieselben, so wie von den Bürgern täglich eingegangen, auch von den römischen Juristen besonders beachtet, von diesen die dabei eintretenden Grundsätze und Regeln besonders nur vorzugsweise erörtert wurden, und somit sich dabei auch je nach den verschiedenen Gestalten und Modificationen der concreten Verhältnisse für ein jedes derselben eigenthümliche Normen erzeugten. Daher hoben sich diese möglichen modificirten Folgen überall mehr zum klaren Bewußtsein, während dies bei andern nicht so vielfältig sich producirenden Realverträgen nicht gleichso war. Zu jenen bei den Römern besonders und ausführlicher behandelten Realverträgen gehören: **mutuum, depositum, commodatum, pignus, permutatio, contractus aestimatorius** *), **suffragium.** Ueber das letztere sind hier noch einige Worte nothwendig.

Das Suffragium war wohl stets ein contractus qui re perficitur. Denn ist die Belohnung im voraus gegeben, so ist der Vertrag deßhalb **contractus: traditio sola sufficit et contractus habebit perpetuam firmitatem** — wie das Gesetz sagt. Ist aber das Suffragium latum, nämlich das Für-

---

das Gestohlene, das ganz zu nehmen er von vornherein die Absicht hat, nicht auf einmal wegbringen kann und es in Zwischenräumen wegschafft, doch nur einen Diebstahl begieng, so auch wird durch die **conventio** und die in deren Betracht erfolgte Leistung nur eine einzige Handlung — die in juristischer Rücksicht aus Absicht und That besteht — vollzogen.

*) **Aestimatio** oder **aestimatum** könnte man nach Analogie von **emtio** oder **depositum** sagen.

wort, bereits angebracht, dann ist wiederum die Erfüllung anderseits geschehen und darum wieder das Geschäft ein Realvertrag: contractus. Wenn also etwas bloß bedungen und noch nichts geleistet; oder wenn auch dem suffragium postulans noch nichts gegeben worden, so ist kein *contractus* suffragii vorhanden, denn es scheint in solchem Falle nicht klagbar gewesen zu sein. Ebendarum ist es aber auch kein *contractus* mandati, wenn das suffragium umsonst versprochen war *), d. h. kein klagbares Mandat, weil es als pactum nudum nicht klagbar, d. h. eben kein contractus consensualis sein sollte. Wir sind genöthigt, uns an die Worte des Gesetzes zu halten, und diese scheinen Thibauts Ansicht, die er entgegen der hier erwähnten am angeführten Orte aufstellt, nicht zu begünstigen. Dagegen müssen wir, wiederum so viel möglich im Geiste der Römer, darauf halten, daß nichts bei uns contractus werde — d. h. in den von uns versuchten Darstellungen ihres Rechtssystems — was es bei ihm wirklich nicht ist, und daß wir namentlich nicht Consensualverträge constituiren, die sie nicht hatten: ne ex pacto nudo obligatio s. actio nascatur **).

§. 19.

Von diesem oben angedeuteten Gesichtspunkte aus können wir uns auch nicht mit der Ansicht befreunden, die das precarium zu den Realverträgen rechnet ***). Um es nun

---

*) Thibaut System der Pand. §. 897. Note b.

**) Auch im A. L. R. giebt es nur zwei hauptsächliche Contractsformen: res und litera, Consensualverträge gelten nur für einige Bagatellsachen, nicht für alle, und haben darum auch hier einen sehr engen Kreis.

***) Unter andern wird dies darunter auch gezählet von Thibaut Pand. §. 898.

Da wir hier darauf ausgehen, das Wesen der Realverträge zu erfassen, und namentlich daraus späterhin Folgerungen abgelei-

gleich von vornherein zu sagen, so scheint angenommen werden zu müssen, daß die Römer ein Rechtsgeschäft, eine conventio, unter dem Namen precarium gar nicht gekannt hätten; mithin in einem System ihres Rechtes ein solches als Rechtsgeschäft gar nicht vorgetragen werden sollte*).

Ein Rechtsverhältniß unter gewissen Individuen, d. h. ein positives, besonderes — nicht jenes allgemeine, negative, in der Pflicht Niemand zu verletzen enthaltene —, muß immer die Folge eines Rechtsgeschäftes sein und umgekehrt das letztere immerdar ein neues Rechtsverhältniß zur Folge haben. Ein solches neues, bisher noch nicht bestandenes Rechtsverhältniß erzeugt sich aber aus der precurii rogatio gar nicht. Muß nun ein Rechtsgeschäft immer und nothwendig ein besonderes Rechtsverhältniß unter den Interessenten erzeugen, d. h. nicht anders als: eine Folge haben — so sind wir auch genöthigt, dort, wo wir von dieser letzten, wie oben beim precario, keine Spur finden, zurückzuschließen: daß da auch kein Rechtsgeschäft — wie ohne Folge keine Ursache — vorher Statt gefunden habe.

Sehen wir nun, wie sich diese Ansicht als die der Römer auch durch deren eigenes Anerkenntniß näher begründen lasse.

Zuerst müssen wir daran erinnern, daß es zu beschränkt ist, wenn man unter precarium nur den Fall versteht, — wie es wenigstens häufig zu geschehen scheint — wo Jemanden der Gebrauch einer Sache etwa durch reale Ue-

---

tet werden, so sind wir genöthigt, jenes ihr Wesen und ihren Begriff möglichst rein zu halten, so wie in dieser Reinheit und Sonderung darzustellen. Es ist daher nicht zu umgehen, hier nachzuweisen: inwiefern das **precarium** mit unter jenen Begriff falle, weil aus dem Charakter der Theile sowohl auf den des Ganzen geschlossen werden muß, wie umgekehrt.

*) Auch im A. L. R. ist **precarium** nicht als besonderer Vertrag aufgeführt, und es wird desselben nur gelegentlich gedacht.

bergabe eingeräumt wird, weil es doch ebenmäßig ein Precarium ist, wenn ich jemanden zugestehe, irgend sonst Etwas mit meiner Sache, mit meinem Rechte vorzunehmen, z. B. über mein Grundstück zu gehen, oder meine Sache ohne allen Gebrauch auch bloß zu haben. Die Römer sagen in dieser Rücksicht:

Ulpianus Lib. 1. Inst.

fr. 1. D. de precario (43. 26.).

Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, quamdiu is, qui concessit, patitur.

Dies paßt denn auf alle möglichen Zugeständnisse, und speciell wird von Gajus unter andern auf den Gebrauch eines iter, actus, so wie auf andere den Servituten ähnliche Rechte der Begriff ausgedehnt.

Gajus Lib. 25. ad Ed. prov.

fr. 3. D. ib.

Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel ut in tectum vel aream aedium mearum stillicidium, vel tignum in parietem immissum habeas *).

Ulpianus Lib. 71. ad Ed.

fr. 2. §. 3. D. ib.

***Habere* precario videtur, qui possessorium vel corporis vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi *possidere*, *aut uti* liceat **).**

§. 20.

Bei einem jeden Vertrag ist die Folge desselben, wenn er zu den contractus gehört, eine obligatio, d. h. das Recht,

---

*) Cf. fr. 15. §. 2. ib.

**) fr. h. §. 2. ib.

vom Andern etwas anzusprechen — die Befugniß, eine Leistung zu fordern. Durch diese praestatio, die Leistung, erwirbt sich aber der Geber immer das Recht, die versprochene Gegenleistung in Anspruch nehmen zu dürfen. So ist es bei allen Realverträgen — dies ist der ihnen eigenthümliche Typus. Nun ist es aber einmal in der That unmöglich, zu erkennen, worin bei einem precario, das, es als Realvertrag gedacht, so wie auch alle übrige solche, mit der Leistung selbst beginnt, das Versprechen der Gegenleistung habe bestehen können — was die Gegenleistung sein möge, respectu deren die erste Leistung vorgenommen wird. Man denke, um sofort unsere Meinung mit einem Beispiele deutlicher zu machen, nur an die Gestattung des iter. Hier würde die Gegenleistung des Precisten, d. h. dasjenige, was der Zweck der Klage des precario concedens sein würde und was zu fordern, dieser letztere zu fordern, sich durch seine Leistung ein Recht erworben hätte, darin bestehen müssen: nicht mehr zu ire, so daß mithin der Inhalt des Versprechens ein sinere wäre —; denn die Klage gegen den Precisten, welchem ein ire zugestanden worden, kann doch nur darauf gerichtet sein: ne eat.

Es kömmt hinzu, daß wenn jemand verspricht: „etwas nicht zu thun," d. i. wie oben ein sinere zusagt, er doch ein diesem Unterlassen entgegenstehendes früheres Recht haben muß, ein Recht, dasjenige vorzunehmen, was jetzt zu unterlassen er verspricht. Dies muß man mit Nothwendigkeit voraussetzen, weil sonst das Versprechen des Unterlassens keinen Sinn haben kann, das ja immer nur das Aufgeben eines Rechtes enthält *). Allein der Precist hat überall kein Recht. Vor der Concession des preca-

*) Es kann hier so wenig davon die Rede sein, daß der Precist verspreche: keinen widerrechtlichen Angriff zu machen, als dies selbst eine rechtliche Folge haben könnte.

rium ja gewiß nicht: nam magis ad *beneficii* causam spectat; aber es ist ihm gleichwenig num precario concedens irgend ein Recht zugestanden, denn anders müßte er im Stande sein, darauf zu klagen, was zu behaupten indeß Jedermann lächerlich sein würde. Das Gegenversprechen des Precisten — wie ein solches der Vertrag doch immerdar voraussetzt — könnte somit nirgendwo einen Inhalt haben. Man wird daher schon gar nicht begreifen, was bei einem precario den Inhalt eines Vertrages, wenn ein solcher vorausgesetzt würde, ausmachen sollte.

Ferner finden wir überall nur facio ut facias und do ut des mit ihren Umsetzungen, also nur ein dare oder facere als Gegenstand eines Realvertrages angegeben — überall wird demnach die Gegenleistung durch ein dare und facere des Gebers bedingt. Bei einem solchen precarium, das in einem ire besteht, oder wo jemand einen Balken in meine Mauer legen, oder in meinen Lauftraum überlegen darf *) — auf welche Weise ist nun hier das dare, das facere vorgenommen worden? Doch nur derjenige, welcher nicht ein ire will, welcher nicht ein protectum hat, ist es, dem die Klage wegen des Precarium zusteht — welche Klage jedesmal ja auf ein Nicht-mehr-thun des Precisten abzweckt. — Dieser Klagberechtigte aber that nichts, er gab nichts, er duldete bloß. Wie läßt sich hier nun der Inhalt eines Vertrags denken? Auf eine Formel muß sich dessen Inhalt nun einmal reduciren lassen, und so wäre diese dann hier: patior, ne facias. Es mag auch sein, ja es ist gewiß — obgleich das sich nicht überall so ganz klar und bestimmt dargestellt findet —, daß es einen Vertrag geben kann mit dem Inhalte: patior, ne facias — und daß mit der Erfüllung des einen Theiles, jenes nämlich, der das

*) fr. 3. fr. 15. §. 2. D. ht.

pati versprochen, der andere zu seiner Gegenleistung dem non facere verflichtet werde — d. i. durch das patiri der einen wird der andere verbunden: non facere —; daß mithin auch auf diese Weise ein Realvertrag sich denken und zu Stande bringen läßt. Allein es will in aller Welt nicht thunlich scheinen, dies bei einem Precarium in Anwendung zu bringen. Es ist bei einem jeden Vertrage, von einem jeden Contrahenten ja immer ein anderes Object zu leisten, oder der Eine thut, giebt Dies, der Andere Jenes. In unserm Falle bei patior, ne facias hätte demnach der Eine Etwas zu dulden, damit der Andere ein anderes Etwas nicht thue. Dies will sich aber auf ein precarium durchaus nicht anwenden lassen. Hier würde ja nicht ein jeder Contrahent ein Anderes leisten, sondern das Nämliche, was der Eine zu dulden verspräche, würde der Andere zu unterlassen zusagen. Will ich aber, wie dann hier, Dasselbe leiden, damit ein Anderer Ebendasselbe nicht thue, so scheint das doch baarer Unsinn und es heißt dies gerade soviel, als die widersinnigen Sätze: ich leide dies von dir, damit du es nicht thuest; ich gestatte Dir zu gehen, damit du nicht gehest — patior te ire, ne eas. In wessen Menschenverstand läßt sich dies aber wohl reimen?

Man kann diese Consequenzen auch auf einer andern Seite in der That bis ins Absurde verfolgen. Ein Realvertrag wird niemals zum Contractus, bevor er von einer Seite erfüllt, bis die Leistung, res, erfolgt ist — denn hierin besteht eben das Charakteristische desselben. Mit dieser Leistung erwächst erst dem Leister eine Klage. Soll nun das Precarium zu den Realverträgen gehören, so muß angenommen werden, daß es bei ihm gleichmäßig so sei. Da hierbei auch immer nur der, welcher Etwas precario zugestand, berechtigt erscheint und ein Klagerecht hat, so müssen wir demzufolge annehmen, daß er seine Leistung vor-

genommen und z. B. wirklich nicht bloß im Versprechen gestattet habe: ut eat, agat etc. Hat er nun erst hiermit, als mit seiner Leistung sich die Klage erworben; bedurfte es solcher Leistung, um die Klage zu erlangen, so hat er auch ohne dies Gestatten noch keine Klage, denn ohne solche Leistung ist kein Realvertrag klagerzeugend, weil er bis dahin pactum nudum ist. Da ferner die somit dem Precisten erworbene Klage auf ein Unterlassen gerichtet ist, nämlich: ne eat, agat etc., so folgt nothwendig und consequent der ungeheuere Satz: daß der precario dans das von ihm Zugestandene nicht untersagen dürfe, ehe der Precist davon wenigstens einmal Gebrauch gemacht habe. So lange demnach noch nicht gegangen, getrieben u. s. w. wäre, dürfte der Concedent es nicht verbieten, weil er bis dahin noch nichts geleistet, sondern bloß zugesagt; wäre aber bereits gegangen, getrieben u. s. w., so dürfte er dies thun — denn in diesem Verbieten liegt das ihm erworbene Recht. — Wer aber wird nicht bereit sein, dies absurd zu nennen *).

Setzen wir nun noch voraus, wie sich dies bald näher ergeben wird und auch allgemein anerkannt ist, daß das interdictum de precario eigens für dies Verhältniß, das Precarium nämlich, geschaffen war, und zwar, wie die Römer sagen, weil es dieserhalb eine andere Klage gar nicht gab, so begreifen wir wiederum nicht, wie die Römer einen contractus hatten ohne Klage, eine obligatio ohne actio —

---

*) Damit wäre denn nun zugleich auch ein Fall aufgefunden, wo die Regel: plus continet minus, wegfiele. Darf ich nämlich das Unterlassen fordern, wenn ich schon mehr zugestanden habe: wirklichen Gebrauch; so scheint es doch, daß ich dies auch dürfen werde, wenn ich noch nicht so viel eingeräumt: noch keinen Gebrauch. Dies Alles aber würde nach Obigem sich beim Precarium ganz anders verhalten.

welches letztere sich eigentlich auch widerspricht *). Nehmen wir ferner hinzu, daß gerade alsdann, wenn die Rückgabe der Sache ꝛc., also die Leistung des Precisten, besonders zugesagt war, jene eigens für das Verhältniß geschaffene Klage das interdictum de precario nicht Statt hatte **); woraus sich dann mit Nothwendigkeit ergiebt, daß in solchem Falle, wo die Folge, das interdictum, fehlte, auch die Ursache, das precarium, nicht existiren konnte; — halten wir damit zusammen, daß überhaupt eine conventio, als die nothwendige Grundlage wie eines jeden, so auch des Realcontractes, nach dem Vorherigen, nicht da sein konnte; so dürfte es wohl schon jetzt als bewiesen erscheinen: daß die Römer von einem Realvertrag unter dem Namen precarium nichts gewußt haben.

§. 21.

Wir vernehmen in den Pandecten, daß man in Rücksicht des precario concedens den Mangel einer Klage empfunden und darum das Interdict eingeführt habe. Daraus ergiebt sich aber auch wohl sofort weiter: daß das precarium selbst keineswegs erst vom Prätor erschaffen war, wie man etwa denken könnte, und welche Meinung mitunter den Rechtsgelehrten vorgeschwebt zu haben scheint, indem dieselben es für ein pactum praetorium erachten ***). Das Verhältniß, dem man den Namen precarium gegeben †),

---

*) Weil obligatio und actio Wechselbegriffe sind. Vergl. §. 13.

**) fr. 15. §. 3. D. ht.

***) So Mackeldey, Lehrbuch des heut. röm. Rechts 8te Aufl. §. 438.

†) Es ist nicht uninteressant, zu bemerken, daß es ein eigentliches Hauptwort „precarium“ nicht gebe, sondern das Adjectiv: precarius substantive gebraucht werde. Selbst hiergegen ließe sich Manches erinnern, wozu hier der Ort nicht ist. Soviel ist indeß gewiß, daß selbst bei der Definition Ulpians: precarium est,

existirte bereits vor jenem Edict des Prätors, worin eine Klage dafür geboten wird, denn die Römer sagen, daß man dafür eine Klage nicht gehabt habe, woraus sich von selbst ergiebt, daß es vor dieser Klage gekannt war. Nun sagt aber auch der Prätor nicht etwa, daß er aus einem pacto precarii eine Klage gestatten wolle, sondern bloß: quod precario ab illo habet, id illi restituat — während er sich sonst in seinem Edict überall über die Natur des Geschäftes ausspricht, aus welchem er eine Klage verleiht.

Auch ist es keineswegs an dem, daß man früher keine Klage gehabt habe *), und es darf dies nicht so allgemein und präcis dahin verstanden werden, als wenn dem precario concedens gar kein Mittel, sich Anerkennung seines Rechtes zu verschaffen, zur Seite gestanden hätte. Vielmehr hatte derselbe allerdings eine Klage und zwar beim Hingeben einer Sache die rei vindicatio, beim Gestatten eines Rechtes die actio negatoria **).

Hiermit war er an sich überall gedeckt. Allein nothwendig mußte es unbillig erscheinen, dem precario concedens in dem einen wie andern Falle die Last des mit jenen Klagen verbundenen Eigenthumsbeweises aufzulegen und darum das Bedürfniß eines leichten Mittels fühlbar werden, mit dem sich der aus Gutmüthigkeit gleichsam Schenkende, einen Gebrauch ꝛc. Erlaubende gegen rechtswidrige Angriffe schütze. Da gestattete der Prätor durch sein Edict eine eigene Klage, die in der Interdictsform dem Interessenten so schleunig zu seinem Rechte verhalf, als es das individuelle Verhältniß erlaubte. Hierbei kann es uns auch keineswegs irre machen, wenn wir in den Pandecten lesen,

---

quod precibus petenti utendum conceditur, nicht sowohl die Handlung als der Gegenstand precarium genannt ist.

*) fr. 14. ht. fr. 14. §. 11. D. de furtis (47. 2.).

**) Cf. C. 3. C. de pactis inter emt. et vend. (4. 54.).

es solle auch eine actio praescriptis verbis dem precario concedens zustehen, denn diese Aeußerungen stammen jedenfalls aus einer spätern Zeit, wo ein jedes Recht, abgesehen von seinem Ursprunge, eine Klage, eine actio in factum oder condictio incerti erzeugte; sie sind daher unbezweifelt Zusätze Tribonians, weil sie sich sonst mit ganz genauen und bestimmten Erklärungen, z. B. fr. 14. D. ht. fr. 14. §. 11. D. de furtis (47. 2.) nicht vereinigen lassen würden.

Ganz gut und mit dem Vorigen übereinstimmend bezeichnet uns Paulus in fr. 14. ht. das Verhältniß, die conditio precarii, wenn er sagt: magis ad *beneficii* causam, quam ad *negotii contracti* spectat precarii conditio. Es ist das precäre Zugeständniß eine Wohlthat ohne Vertrag. Nach der Bedeutung von *negotium contractum*, als dasselbe bezeichnend, was der Kunstausdruck contractus, liegt in diesen Worten ganz deutlich der Ausspruch Paulus, daß das precarium nicht ein Vertrag sei und zwar auch nach Einführung des interdicti de precario als ein solcher noch nicht angesehen wurde, denn gerade in Bezug auf das Edict spricht Paulus. So liegt nun auch in den Worten des römischen Paulus das Anerkenntniß, daß das precarium keine actio civilis erzeuge, weil es nach ebendemselben ein negotium contractum nicht ist *).

---

*) Sollte nicht auch in folgender Argumentation ein Grund dagegen enthalten sein, daß das **precarium** als **contractus** angesehen worden sei.

Bei einem jeden Vertrag ist eine **conventio**, ein gegenseitiges Erklären über das, was man will und sich wechselseitig leisten soll, erfordert. Wäre nun bei dem **precario** von einer **conventio** die Rede gewesen, so hätte dieselbe mitunter in einen andern Vertrag, namentlich das fast ähnliche Commodat übergehen müssen. In dieser Rückficht findet sich folgender Ausspruch:

Celsus Lib. 25. Digestorum
fr. 12. D. ht.

Cum precario aliquid datur, si *convenerit*, ut in calen-

§. 22.

Was von den vielen singulär scheinenden Bestimmungen bei dem Precarsverhältniß unerklärlich bleibt, wenn

---

das Julias precario possideat: num quid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

Ein Vertrag, dessen Absicht dahin geht, daß die Sache bis zu einer gewissen Zeit umsonst gebraucht werde, ist nichts anderes als ein Commodat [**fr. 17. §. 2. D. commodati (13. 6)**]. Wäre nun in obigem Falle eine **conventio** der Grund des *precarii* gewesen, so wäre dieselbe durch die **conventio adjecta: ut in calendas Julias possideat**, in einen Commodatsvertrag übergegangen, dann aber auch die nun versagte Einrede allerdings zulässig gewesen. Indem jedoch diese letztere verworfen wird, so liegt hierin zugleich die Erklärung, daß keine **conventio** existire.

Ein ähnlicher Fall ist folgender:

Ulpianus Lib. 71. ad Ed.
fr. 4. §. 4. D. ib.

Item qui precario ad tempus rogarit, finito tempore, etiam si ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur; intelligitur enim dominus, cum patitur eum, qui precarium rogaverit, possidere, rursus precario concedere.

Auch hier wäre der Vertrag, wenn ein solcher in Mitte gelegen, ein **commodatum** geworden. Niemand aber wird behaupten, nach Ablauf der bestimmten Zeit darum das Contractsverhältniß, d. h. die **obligatio** des Gebers — worin ja eben das Wesen des Commodats liegt — wie aus einem stillschweigenden Vertrag hat. Kann aber dies nicht sein, so würde ebenso wenig, bei der offenbaren Aehnlichkeit, das Contractsverhältniß des Precisten nach Ablauf des Vertragstermines fortdauern können, man müßte dann die Sonderbarkeit annehmen: es gebe ein **precarium** während des Termines in Folge der **conventio** und ein anderes nachher ohne **conventio** — was sich sogar widerspricht. Dennoch aber soll nach Ulpian das Verhältniß des Precisten auch nach den Terminen dasselbe bleiben; anders demnach als bei einem Vertrag.

Ein weiterer Fall, woraus sich wieder recht deutlich die Absurdität ergiebt, auf welche man durch strenge Consequenzen aus jener Annahme, als ob das Precarium ein Realvertrag sei, getrieben wird, ist folgender:

man dasselbe für die Folge eines Vertrages gelten läßt *), findet seine wohl befriedigende Erledigung, wenn man von einem Vertrag gänzlich abstrahirt und vielmehr voraussetzt: es existire unter den Interessenten überall kein Obligationsverhältniß, sondern es bestehe bloß die allgemeine Beziehung zwischen Bürger und Bürger. Man kann sich dieß zunächst am klarsten machen an dem einem der angeführten Beispiele: ut morari liceat — etwa um eine schöne Aussicht zu genießen, oder einen vorübergehenden Triumphzug aus dem Hause des Nachbars anzusehen u. s. w. Dies sind wirkliche precaria: ut morari liceat. Wer aber wird hierbei an einen Vertrag denken und wer auf solche Weise sich das Verhältniß erklären wollen. Vielmehr wird es in diesem Falle recht klar, daß gar kein Rechtsverhältniß existirt — außer dem mehrfach angedeuteten allgemeinen der coexistirenden Bürger: ne laedas. Wollte aber der Precist mit einemmal fordern, daß ihm das Recht, die Aussicht zu genießen, von dortaus den Triumphzug zu sehen, zukomme, daß ihm die Befugniß zustehe, noch länger zu weilen — dann fängt erst ein Rechtsverhältniß an und zwar durch Läsion eines Andern, durch Verletzen des Rechtsgebietes desselben.

Venulejus Lib. 4. actionum.
fr. 21. D. ht.

Cum precario quid rogat, ut ipsi in eo fundo morari liceat, supervacuum est adjici: ipsi, suisque, nam per ipsum suis quoque permissum, uti videtur.

Hier war das Zugesagte ein bloßes *morari*. Natürlich hatte, wie überall, nur der **precario concedens** allein ein Recht; und derjenige ist bei Realverträgen berechtigt, **qui praestitit.** So wäre nun die **praestatio** nothwendig: **patior ne facias**, weil der dem Berechtigten zustehende Anspruch auf ein ***non*** **morari** geht. Wir hätten also hier einen Vertrag, dessen Inhalt wäre: **patior morari, ne moreris.**

*) Der Verf. muß bekennen, daß ihm diese im Text von folgenden Singularitäten nicht genügend erklärt scheinen, obwohl darüber vielfache Versuche vorliegen.

Ebenmäßig so verhält sich die Sache bei dem Haben einer res corporalis precario modo. Man denke sich: es läßt sich jemand von einem Andern, der mit ihm spazieren geht, dessen Stock reichen, ohne den Zweck hiervon anzugeben, in der That aber, um mit Hilfe desselben einen Graben zu überspringen. Dies ist ein wahres Precarsverhältniß — wer aber möchte dabei an einen Vertrag denken wollen, — oder überhaupt nur an ein Obligationsverhältniß? Aber in dem Augenblicke, wenn der Empfänger des Stockes sich weigerte, denselben zurückzugeben, würde ein Rechtsverhältniß, das durch Läsion erzeugte, eintreten.

Mögen nun auch die römischen Juristen sagen, daß das precarium simile commodato, donationi sei, so mag das Alles wahr bleiben. Wir dürfen uns hierbei sogar erlassen, zu bemerken, daß der Römer Vergleiche ebensosehr zuweilen hinken mögen, wie mitunter wohl die unsrigen, denn wenn sie auch anführen, daß das Precarium irgend einem Vertrage simile sei, so haben sie doch nirgends bestimmt gesagt, daß es zu den Verträgen gehöre, vielmehr eher das directe Gegentheil, wie wir dies oben sahen.

Wenden wir uns nun zu der Kritik und Beleuchtung der einzelen Singularitäten, die das Precarsverhältniß mit sich zu führen scheint, um zu erfahren, daß dieselben diese ihre Qualität verlieren, sobald man sich nur davon lossagt, in jenem Verhältnisse das eines Vertrags zu erblicken.

Der Zweck des interdicti de precario geht im Allgemeinen auf das restituere in statum pristinum *) — das bezeichnet die Tendenz des precarii judicii sehr gut. Wir lesen nun, daß Deteriorationen der Sache, selbst die durch

*) fr. 8. §. 4. D. ht.

Nachlässigkeit des Precisten entstandenen, nicht prästirt werden in judicio precarii.

Ulpianus Lib. 71. ad Ed.

fr. 8. §. 5. D. ib.

Si servitute usus non fuit is, qui precario rogavit, ac per hoc amissa sit, videamus, an interdicto tenentur? Ego arbitror non alias, quam si dolo fecerit.

Hier war während der Dauer des Precarsverhältnisses ein Pertinenz des Grundstückes, nämlich die demselben zustehende Servitut, verloren; es konnte mithin die Sache nicht in der Integrität restituirt werden, worin sie der Precist empfieng. Allein obwohl offenbar durch seine Nichtausübung der Servitut, also gerade seine Nachlässigkeit, seine culpa, die Servitut verloren worden, so konnte derselbe gleichwohl dieserhalb nicht belangt werden. Der Grund kann wohl kein anderer sein, als weil zwischen ihm und dem Concedenten kein anderes Rechtsverhältniß Statt hatte als jenes allgemeine, welches zwischen letzteren und der ganzen übrigen Welt obwaltete. So wie nämlich kein Dritter wegen des Verlustes der Servitut hätte belangt werden können, so auch nicht der diesem ganz gleich stehende Precist. Wie hätte auch Ulpian bei der Voraussetzung eines Contractsverhältnisses obige Entscheidung geben können, da wir ja doch finden, daß bei allen Verträgen, wo der Contrahent der, wie es ebenfalls hier sein würde, allein Vortheil hat, custodia und mindestens culpa levis prästiren muß?! — Anders wird indeß die Sache, sobald sich der Precist einen dolus zu Schulden kommen läßt, denn dieserhalb muß er wie jeder andere haften, der nicht im Obligationsnexus ist. Darum bleibt es nun aber überhaupt auch nichts Besonderes, daß, wie oben Ulpian sagt, der precario utens, possidens oder habens im Allgemeinen nur dolus und die diesem gleichstehende culpa lata zu prästiren hat, eben weil ein Vertragsverhält-

niß nicht vorlag — und überhaupt gar nicht ein besonderes Rechtsverhältniß.

So würde es neben der Voraussetzung eines Vertrags ebenfalls unbegreiflich bleiben, daß das Verhältniß nicht auf die Erben übertragen wird, diese nicht belangt werden können, als insoweit sie bereichert sind. Nun aber, wenn von einem Obligationsverhältniß keine Rede ist, bleibt dies gar nichts Singuläres.

Celsus Lib. 25. Digestorum
fr. 12. §. 1. D. ib.

Precarii rogatio et ad heredem ejus qui concessit, transit, ad heredem autem ejus qui precario rogavit, non transit, quippe ipsi duntaxat, non etiam heredi concessa possessio est.

Blos darum auch, weil ein Vertrag nicht existirte, konnte ein pactum adjectum nicht Statt finden, was ebenfalls nur durch unsere und keine andere Annahme zu erläutern sein dürfte.

Celsus Lib. 25. Digestorum
fr. 12. pr. cit.

Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed *nulla vis est hujus conventionis*, ut rem alienam domino invito possidere liceat,

Niemand wird sich wohl so im Allgemeinen bereden lassen, den von Celsus angegebenen Grund demselben nachzuglauben, denn daß jemand eine Sache invito domino in Folge eines Vertrags haben könne, wissen wir sehr gut, und es möchte sein Ausspruch also nun wieder beweisen, daß hier ein Vertragsverhältniß nicht existire.

§. 23.

Demnach dürfte anzunehmen sein, daß beim precario ein bloß factisches Verhältniß vorhanden war, was erst in dem Augenblicke anhob in ein rechtliches überzugehen, wo der precario concedens seinen Willen änderte, der Precist aber nicht weichen, nicht restituiren wollte, oder letzterer überhaupt und an sich begann, sich als Berechtigter zu geriren. Damit verletzte derselbe den Rechtskreis des Andern; mit dieser Läsion entstand ein Rechtsverhältniß und als dessen Folge das Interdict. Mit diesem Ueberschreiten in den Rechtskreis des Andern fieng auch die Pflicht des Precisten an, omnis causa zu prästiren *), weil er von diesem Augenblicke an in einem Delict begriffen war. — So auch gleichmäßig bei den verschiedenen Interdicten wegen Gewalt eines Andern. Vor der vis war ein Rechtsverhältniß nicht da, ein Rechtsmittel, eine Klage mithin auch nicht begründet, denn erst mit deren Erscheinen als etwas Illegalem gab es auch hier ein Rechtsverhältniß durch die Verletzung und somit das Interdictum unde vi etc. Darum müssen wir es ebenfalls mit Ulpian für absurd halten, daß das Interdict nur ein Jahr, d. h. von dem Tage, wo das Precarium anfieng, dauern solle, denn es ward und konnte erst werden; das Interdict begründet von jener Zeit ab, als der Precist die Rückgabe, die Anerkennung des Verhältnisses weigerte. Gleich absurd würde es sein, das interdictum unde vi nur ein Jahr zu gestatten von dem Augenblicke an, wo mein Nachbar als solcher existirt, mithin in der Lage ist, gegen mich eine vis sich zu erlauben.

Ulpianus Lib. 71. ad Ed.

fr. 8. §. 7. eod.

Interdictum hoc et post annum competere, Labeo scri-

---

*) fr. 8. §. 6. D. ht.

bit, eoque jure utimur; cum enim nonnumquam in longum tempus concedatur, absurdum est, dicere, interdictum locum non habere post annum.

Das Interdict hatte nicht Statt, sobald sich jemand die Rückgabe oder die Anerkennung besonders hatte stipuliren lassen. Dies würde sich nicht erklären lassen, wenn das Interdict eine Contractsklage wäre, denn warum sollte diese nicht noch neben einer andern solchen Statt finden können? Mit jenem Vertrag in Rücksicht der Rückgabe ꝛc. war die Sache aus den Gränzen des Precariatsverhältnisses herausgetreten und konnte daher das Interdict nicht mehr eintreten.

Pomponius Lib. 29. ad Sabinum

fr. 15. §. 3. D. ht.

Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit *).

Das Resultat dieser Erörterungen wäre demnach, daß es gar keinen Vertrag bei den Römern gegeben, der precarium geheißen; daß vielmehr das interdictum de precario bloß ein restitutorisches Interdict sei und somit die Lehre über das Precarsverhältniß — welches überhaupt erst Bedeutung erhält, sobald der Precist anfängt, sich Rechte anzumaßen — nirgends im System hingehört als in die Reihe jener Interdicte. Die Römer belehren uns hierüber genügend, indem sie dort auch darüber handeln.

---

*) Daß in **fr. 23. D. de R. J. (50. 17.)** das **precarium** ein Contract genannt wird, kann nicht in Betracht kommen, denn hier ist nichts der Zweck, als zu bestimmen, in welchen Rechtsverhältnissen die verschiedenen Grade der **culpa** u. s. w. zu prästiren seien. Da wird nun auch das Precarsverhältniß mit aufgeführt. Natürlich bedeutet dies aber nur soviel, daß bei diesem Verhältnisse **dolus** und **culpa lata** zu gewähren seien. In gleichem Sinne wird von **tutela**, **rerum communio**, **negotiorum gestio** geredet, die doch in aller Welt keine **contractus** sind.

§. 24.

Nach diesem kleinen Excurs kommen wir nun wieder zum Hauptgang der Untersuchung zurück. — Oben ward angemerkt, daß alle conventiones, sobald dieselben einerseits erfüllt worden, von den Römern unter die contractus gezählt worden seien. Dabei werden indeß nur einzele und die bekanntesten Arten dieser conventiones aufgeführt, während die Regel selbst als eine ganz allgemeine dargestellt und anerkannt wurde. Hierüber dürften wohl noch einige Worte zu sagen sein, denn es scheint nicht, als ob dieser Grundsatz in der ihm hier eingeräumten Allgemeinheit überall anerkannt werde. Im §. 9. oben ward bemerkt, daß Verträge, die nicht klagbar wären, als solche anzusehen seien und auch von den Römern dafür angesehen würden: die bloß die zu ihrem Begriffe wesentlich nöthigen Eigenschaften hätten. Der Satz läßt sich auch umkehren und sagen: jeder Vertrag, der bloß die zu seinem Begriffe erforderlichen Qualitäten hat, ist noch nicht klagbar d. h. aber diese letztere Qualität muß überall von der gesetzgebenden Gewalt beigelegt, hinzugethan werden. Ward nun oben angedeutet, daß dies im Begriffe liege, so können wir es noch deutlich erklärt hören:

Ulpianus Lib. 4. ad Ed.

fr. 7. §. 1. 2. D. de pactis (2. 14.).

Quae (conventiones) pariunt actiones, in suo nomine (d. h. ihrer Bezeichnung conventio) non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emtio, venditio etc. Sed etsi in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc *συναλλαγμα*, id est, contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem.

Hier behauptet Ulpian ganz übereinstimmend mit unserer Darstellung, daß Verträge, die Klagen erzeugten, nicht bloß den Namen conventiones behielten, sondern den eigenthümlichen Namen contractus annähmen wie beim Kauf. Wenn aber auch das durch die Leistung zum klagerzeugenden gewordene Geschäft mit einem besonders genannten contractus nicht in eins falle, nicht also ein solcher sei, indeß doch demselben eine causa unterliege, so existire eine obligatio, wie der Aristo dem Celsus ganz consequent respondirt habe. So bei dem Vertrag do ut des, do ut facias nach vorgenommener Leistung (dedi sagt Ulpian). Dies sei ein contractus und ebendaher erzeuge der Vertrag eine obligatio civilis. Was Ulpian hier sagt, läßt sich auch so zusammenfassen: durch res werden die conventiones zu contractus; weil sie contractus sind, so erzeugen sie eine obligatio civilis, darum aber produciren sie auch actiones.

Ganz dasselbe und nichts Anderes will Paulus in folgender Stelle sagen:

Paulus Lib. 58. ad Ed.

fr. 20. D. de jud. (5. 1.)

Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est, ut ubicunque aliquis obligetur et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur.

Jene conventiones, die, obgleich durch res zu contractus geworden, in *alium* contractum non transeunt, konnten dies (nämlich mit einem andern besonders bezeichneten coincidiren) natürlich nicht, weil sich mannigfaltige Verschiedenheiten und Modificationen dabei ergeben können. Sie konnten darum auch nicht alle eigene Namen haben, gleichwenig wie die in Form einer Stipulation erscheinenden, welche wie jene Legion sein mögen. Aus demselben Grunde ist es durch sich selbst klar, daß nicht ein jeder eine eigene, nur für ihn passende Klagform haben, eine besondere Klage er-

zeugen konnte. Man mußte also eine Klage dafür schaffen, die auf jeden sich passen ließe, deren Formel aber ebendarum in jedem concreten Falle besonders abgefaßt ward: eine actio praescriptis verbis. So wie man bei Stipulationen allgemeine Klagen hatte, um die verschiedenartigen Ansprüche geltend zu machen, wie die condictio certi und incerti, actio ex stipulatu; so auch bei den Innominatverträgen, d. i. nämlich jenen, die in alium contractum non transeunt.

§. 25.

Indem Ulpian in dem angeführten fr. 7. §. 2. D. de pactis den Grund der obligatio bei der hier erörterten Vertragsform in das Vorhandensein einer causa setzt, dürfte es wohl angemessen sein, darüber Einiges zu sagen; denn es scheint keineswegs, als ob dieser Punkt bereits überall die gehörige Erörterung und Erläuterung gefunden habe.

Causa in dem gewöhnlichen und grammatischen Sinne bedeutet bekanntlich die Ursache, Veranlassung, und hat somit an sich den Begriff des Vergangenen; denn sie liegt der Zeit nach natürlich vor der Folge, dem Erzeugniß oder Product, und die Folge ist nach ihr. Diese Bedeutung behält causa im Allgemeinen auch in juristischen Terminis, wie z. B. in der Bezeichnung injusta causa. Einen noch schärfer hervorstehenden Sinn hat das Wort indeß, wenn es die Juristen im Gegensatze von „res“ gebrauchen. Da bedeutet causa nämlich stets das, was bereits geschehen ist, und res dasjenige, was noch erfolgen soll. Hauptstellen in dieser Rücksicht sind:

Pomponius Lib. 27. ad Quintum Mucium

fr. 22. D. de cand. ind. (12. 6,)

Damus aut ob *causam*, aut ob *rem*. Ob *causam praeteritam*, veluti cum ideo do, quod aliquid a te

consecutus sum, vel aliquid a te *factum est* — —; *ob rem* voco datur, ut aliquid *sequatur*, quo non sequente, repetitio competit.

Paulus Lib. 17. ad Ed.

fr. 65. §. 2. 4. eod.

Id quoque, quod *ob causam* datur, puto quod negotia mea *adjuta* ab eo putavi, licet non sit secutum — — — repeti non posse — — — quod *ob rem* datur, ex aequo et bono habet repetitionem, veluti, si dem tibi, *ut aliquid facias.*

Man kann hiernach wohl mit Grund nicht mehr zweifeln, daß causa etwas Vergangenes, res dagegen etwas Zukünftiges bedeute. In der erstern Stelle nämlich heißt der Satz: ob causam praeteritam, per ellipsin soviel als: die causa ist etwas Vergangenes, wie dies durch die angeführten Beispiele genügend belegt wird. Daß es zufällig sei, daß zur Erläuterung dessen, was datio ob causam sein möge, nur Beispiele de praeterito angeführt werden und umgekehrt bei der datio ob rem Beispiele de futuro stehen, wird man nicht einwenden können, weil nicht zu verkennen ist, daß Pomponius den Unterschied zwischen datio ob rem und datio ob causam ex professo nachweisen will. Auch würde eine solche Annahme dem klaren, unverkennbaren Sinne der Stelle scheitelrecht entgegenstehen, denn es ist darin ganz bestimmt der Unterschied einer datio ob rem und ob causam in den Unterschied des Vergangenen und des Zukünftigen gesetzt.

In dem fr. 65. cit. ist namentlich hervorgehoben, daß dasjenige, quod ob causam datur, nicht zurückgefordert werden könne, sollte die causa auch eine falsa gewesen sein *), was bei der datio ob rem allerdings angieng.

*) Eine falsa causa *futura* ist gar nicht einmal denkbar, denn ob sie jemals falsa werde, kann immer erst die Zukunft leh-

Auch ist so in der Bezeichnung: variae causarum figurae, als einer Reihe von Obligationsgründen, die Bedeutung des Vergangenen enthalten. Indem nämlich diese causae in figuris variis sich als Grund der obligationes setzen, sind sie ja schon gewesen, es ist aus der causa die obligatio entstanden, jene mußte also früher, sie mußte schon vorüber, vergangen sein *).

Nicht anders auch bei unsern contractus. Auch hier ist die causa als das Vergangene, Vorhandene (nicht mehr zu Erwartende) als ein bereits in die Erscheinung getretenes, also der Wirkung nach nicht mehr Werdendes der Grund der obligatio, oder was gleich ist, des contractus. Diese causa besteht nun gerade in der Leistung, die res als das Verbindende ist bereits vorgewesen und ist somit zum Vergangenen, zur *causa* umgewandelt worden. — Das allein scheint die wahre Bedeutung; das scheint es zu sein, was Ulpian meint, wenn er sagt: etsi in alium contractum non transit conventio, subsit tamen *causa*, — eine früher geleistete res. — So wird die Leistung, die res dadurch, daß sie bereits gemacht, also vorüber, d. i. aber zur *causa* umgewandelt worden, — zur wahren causa obligandi, zur causa contractus et obligationis.

§. 26.

Nach dem Bisherigen ward nun bei den Römern eine conventio in folgenden Fällen zum contractus erhoben:

1) Jedesmal, wenn eine Leistung bereits geschehen war — Realvertrag.

---

ren. In dem Augenblicke aber, wo diese hierüber Kunde geben wird, ist die causa nicht mehr futura, sondern praeterita. Cf. §. 27. Note *).

*) In solcher Bedeutung wird die causa auch anstatt titulus beim Besitz gebraucht.

2) Jedesmal, wenn man dieselbe in genau vorgeschriebener Art in feierliche Worte gekleidet — Stipulation.

3) Jedesmal, wenn man sich die einseitige oder gegenseitige Zusage schriftlich gemacht — Syngrapha, Chirographum.

4) In einzelen bestimmt bezeichneten Fällen aber auch wohl: a) *nudu consensu*, d. h. eo ipso durch die conventio selbst und b) bei gleichzeitigem Einschreiben des Schuldners und Gläubigers respective in ihre codices accepti et expensi — nomen transscriptitium.

Demnach sind die Bestimmungen unter 1. 2. 3. durchgreifende Regeln, die unter 4. hingegen sind nur auf gewisse, genau anzugebende Fälle anzuwenden. Daß auch diejenigen conventiones, die man unter dem Namen pacta, praetoria, legitima, adjecta kennt, schon alle hierunter mitbegriffen sind, möchte sich von selbst ergeben. Da contractus jedes klagbare Geschäft, pactum aber dessen Gegensatz bezeichnet, so wäre es inconsequent, nach pacta non nuda als eine dritte Klasse zwischen pactum nudum und contractus in der Mitte stehend haben zu wollen, weil es ein Mittelding zwischen Klagbarkeit und Nichtklagbarkeit nicht geben kann. Alle pacta non nuda sind wahre contractus und alle contractus sind pacta non nuda, d. h. sie sind nicht mehr bloße pacta. Anders mußten die Römer in ihrer Consequenz bei diesem Unterschied des contractus und pactum ein pactum non nudum und ein pactum, das schon gar kein pactum mehr wäre, für eins und dasselbe, für in eine Kategorie gehörend halten, sich also widersprechen.

Wer nun aber dennoch heut zu Tage pacta non nuda kennen und haben will und dergleichen in seinem System vorträgt, mit dem ist nicht weiter zu rechten; doch aber, anstatt ein System des römischen Rechtes darzustellen, drückt

er in seiner Darstellung den geschichtlichen Unterschied, d. h. den Unterschied in der Zeitfolge, in der Zeit der Entstehung der contractus durch Worte zugleich mit aus. Auch eine solche Lehrmethode kann vollständig, aber sie scheint das Römersystem nicht zu sein. Ob aber überhaupt solche Andeutung des Geschichtlichen durch Namen der Geschichte selbst, und ob umgekehrt solche geschichtliche Darstellung dem Verständniß des Rechtssystemes förderlich sein könne, mag jeder leicht ermessen.

Alles, was nicht nach den obigen vier verschiedenen Weisen contractus war, eine jede conventio, die nicht in eine jener Kategorien und nicht zu den einzeln bezeichneten Fällen gehörte, blieb conventio schlechthin, conventio nuda oder pactum. Dieselbe erzeugte keine obligatio und keine actio *). Diese conventiones nudae machen also die Regel aus, denn daß ein Vertrag — noch positive, ihm beigelegte Qualitäten habe, ist ja zufällig. Daß jemand bei der conventio etwas leistete oder solche in eine besondere Form kleidete, ist in Bezug auf sie selbst äußerlich, d. h. zufällig, und somit verhalten sich die contractus zu den conventiones wie Ausnahmen zur Regel, wie species zu genus.

Diesem Grundprincip alles Rechtes an sich und des Römerrechtes besonders sind dieselben auch stets treu geblieben **). Sie wissen es mitunter gar nicht grell ge-

---

*) fr. 7. §. 4. fr. 45. 48. D. de pactis (2. 14.). Daß so eine Art von obligatio etwas ihr entfernt Aehnliches als eine obligatio naturalis an sich eine gräßliche Inconsequenz sich gestaltete, thut hier zur Sache nichts.

**) Bekannt genug ist es, daß entweder das Gegentheil hat behauptet werden sollen; wobei man sich besonders auf c. 10. C. de contr. et comm. stip. (8. 38.) und §. 4. J. de V. O. (3. 16.) berufen hat. Allein es bedarf gar keiner weitern Ausführung, daß diese Stellen offenbar nur von Abschaffung einiger Formalitäten reden, und Justinian erkennt in Nov. 136. c. 4. obigen Grundsatz noch bestimmt genug an.

nug auszudrücken, daß ex pacto nudo keine Klage entspringen dürfe *).

§. 27.

Es ward oben schon auf den Unterschied aufmerksam gemacht, der darin bestehe, ob jemand bloß eine Zusage ertheilt, oder das Zugesagte bereits gethan und verwirklicht habe. Im ersten Falle ist die conventio nuda, und kann somit, in der Regel aufgehoben, ihre Erfüllung unterlassen werden. Ist aber die Zusage beiderseits erfüllt, oder bei s. g. einseitigen Verträgen einerseits, so kann dies nun nicht mehr rückgängig gemacht werden. Man drückt dies durch die Regel aus: der Vertrag kann nach geschehener Erfüllung nicht mehr aufgehoben werden.

Dies ist nun aber uneigentlich gesprochen. Denn es kann alsdann, nachdem die Leistungen vollständig und gehörig gemacht sind, von einem Vertrag als noch existirendem gar nicht mehr die Rede sein, es existirt gar kein Rechtsverhältniß, keine obligatio mehr, was aber nicht ist, kann auch keine Aenderung oder Aufhebung erleiden. Dies muß, als von selbst sich verstehend, sich auch ohne alle positive Bestimmung geltend machen. Sobald jemand, sei es aus Liberalität oder für eine Gegenleistung, seine Sache wirklich einem Andern übertrug, Handlungen für diesen vornahm, so giengen jene und der Erfolg dieser auch wirklich und vollständig in die Rechtssphäre des Andern über. Diese

---

*) Cf. fr. 7. §. 5. D. de pactis (2. 14.).

Pactum kommt von pago (paco, pacio) her. Pago, paco, pacio ist das Wurzelwort von pango, paciscor und findet sich auch statt dessen gebraucht. Daher in den Zwölftafelgesetzen pagunt, pacunt für pacti sunt. So auch Tacit. Ann. 14, 12. Liv. 34, 30. 31. — 43, 21. Pago, paco, pacio, pango sind parallel dem dor. πάγω, für πήγω, πήσσω, dem sansk. paç, dem altoberd. vuokan (fügen) und bedeuten soviel als: befestigen, festsetzen, daher pactio, pactum gleichsam Festsetzung des Willens, Fixirung zweier Willen auf einen Punkt.

Rechtssphäre ist nun aber hiermit für den Geber, Leister geschlossen. Ein Aufruf, ein Widerruf der Leistung wäre demnach nicht mehr ein bloßer Act der Freiheit des Gebers und Leisters, sondern zugleich ein Angriff auf die Rechte eines Andern — was nur als Rechtsverletzung erscheinen kann. Daher kann auch nach Römischem Rechte in solchen Fällen von einem Rücktritt keine Rede mehr sein.

Ulpianus Lib. 26. ad Ed.
fr. 1. pr. D. de cand. c. d. c. n. s. (12. 4.)

Si ob rem non inhonestam data sit pecunia — — — causa secuta repetitio cessat *).

Demnach giebt es aber noch Fälle, wo es anders ist. Allein alle diese Ausnahmen ruhen auf sehr singulären Gründen, die entweder aus der Gerechtigkeit oder der religiösen Gesinnung zu erklären sind. Entweder nämlich hat der Empfänger die Leistung ohne Grund, mithin auch ohne Recht, ohne Befugniß, und da duldet es die gerechte Gesinnung nicht, daß sie ihm verbleibe; oder aber der Grund ist ein moralisch schändlicher, der religiösen Gesinnung widerstreitender. Nur da also, wo jemand **sine causa** oder **ex turpi causa** besitzt, muß er sich den Widerruf gefallen lassen. Daß es nun alsdann zu diesem Widerrufe nicht kommen kann, sobald auch der Geber aus einem unsittlichen Grunde leistete, hat nichts Anderes zur Ursache, als daß dieser nun kein Klagerecht haben soll, daß hierin die Strafe seiner eignen **turpitudo** ist.

---

*) **Const. 39. C. de transactt. (2. 4.) C. 3. 6. 7. C. de resc. vend. (4. 44.)** Hier dürfte sich bestätigen, was oben §. 25. Note *) über die Bedeutung der **causa** gesagt ist. Nach Ulpians Worten kann **ob rem** *datum* sein; allein nach denen der Gegenleistung ist nicht *res*, sondern nur *causa* eine *secuta*; jene **res** hat sich in eine **secuta** *causa* verwandelt.

Paulus Lib. 10. ad Sabinum.

fr. 1. §. 2. D. de cand. ab turp. (12. 5.)

Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest *).

§. 28.

Gegenüber jener Regel, daß der erfüllte Vertrag nicht aufgerufen werden könne, finden wir die andere Regel, daß so oft noch nicht beiderseits oder noch gar nicht das in der conventio Verheißene präſtirt iſt, davon ungehindert zurückgetreten werden kann. Dieſer Grundſatz reſultirt als Regel aus den oben über den Erfolg und die natürliche Wirkung der conventio deducirten Principien. Jede Abweichung hiervon iſt poſitiv, alſo an ſich Ausnahme; ſie bleibt dies ſelbſt dann, wenn die poſitive Geſetzgebung auch noch ſo viele dieſer Ausnahmen conſtituiren oder in noch ſo häufigen Fällen den Intereſſenten Gelegenheit geben ſollte, ſich ſelbſt Ausnahmen zu ſchaffen, wie z. B. in einer generellen Contractsform.

Die römiſche Geſetzgebung kennt ſolcher Ausnahmen, die ſie ſelbſt direct gegeben, eben nicht ſo viele, denn es gehören dazu eigentlich nur die Conſenſualverträge. In den Stipulationen und Literalverträgen hat dieſelbe bloß Gelegenheiten eröffnet, die conventio unwiderruflich zu machen, indem ſie es lediglich den Parteien überläßt, jene hierin

---

*) C. 4. C. eod. (4. 6.) Es würde daher conſequent ſein, wenn in ſolchem Falle auch dem Empfänger der Gegerſtand entzogen und z. B. dem Fiscus zugeſprochen würde.

Paulus ibidem

fr. 3. D. cit.

Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti diximus: veluti si pecunia detur, ut male judicetur.

zu kleiden *). Die Realverträge aber gehören nur zum Theil hierher. Kamen nun dennoch sehr viele jener Ausnahmen vor, so hat dies wieder zum Grunde etwas außerhalb und über der conventio selbst Gelegenes, dies nämlich, daß die Interessenten häufig von der ihnen gebotenen Gelegenheit, eine den Widerruf ausschließende Form zu gebrauchen, Gebrauch machten.

In Rücksicht der Consensualverträge haben wir nun noch zu bemerken, daß das mandatum und die societas stets widerruflich blieben; Kauf und Miethe aber unter Umständen es gleichfalls waren — z. B. jener bei der laesio enormis, diese wenn der Miether das Object selbst gebrauchte u. s. w. Von den Realverträgen konnte wenigstens das Depositum stets widerrufen werden.

Die Fälle, wo die Gesetzgebung selbst und direct den Widerruf abwies, sind also verhältnißmäßig sehr gering. Wollte man uns entgegnen, bei denen hier als widerruflich bezeichneten contractus nominati habe eben diese Widerrufbarkeit in der Natur der Sache gelegen, z. B. beim Mandat, Depositum u. s. w., so räumen wir dies als ganz wahr ein; vindiciren uns aber dagegen auch als ebenso wahr den Satz: daß es bei allen conventiones in dieser Natur der Sache gelegen, daß man davon abgehen können, eben weil es zu solcher Natur der Sache, zu der Qualität des Willens nämlich gehört, daß er veränderlich und widerruflich sei.

§. 29.

Im vorigen §. ward angemerkt, daß die Realverträge nur zum Theil zu jenen gehörten, auf welche die Regel paßt, daß sie widerrufbar seien, womit also angedeutet ist,

---

*) Wir erinnern hier wieder daran, daß auch im A. L. R. nur einige Verträge **nudo consensu** perfect werden.

daß bei ihnen ganz andere Verhältnisse eintreten und andere Rücksichten obwalten als bei den übrigen Vertragsarten. Auch besteht wirklich ein solcher Unterschied, von dem jetzt noch Einiges zu sagen ist. Es ist nämlich derjenige, womit wir sie oben von allen übrigen conventiones schieden und den letztern, als den consensuales, gegenüberstellten. Mit diesen ist im Moment der Perfection, d. h. alsdann, wenn sie contractus geworden sind, noch nichts gegeben, es ist damit noch nichts erlangt als der Wille; in den Realverträgen aber auch noch ein bis zur wirklichen Leistung ausgedehnter und fortgeführter Wille. Soll nun der in der conventio ausgeprägte Wille veränderlich sein, so wird bei den Consensualverträgen in dieser Veränderung doch blos die Absicht geändert, bei den Realverträgen aber müßte sich diese Aenderung bis zum Widerruf der Leistung verbreiten. Will man nun in der Anwendung jenes Principes consequent sein, daß nämlich der Wille als Willkühr (Wahl des Willens) sich frei und überall hin frei bewegen müsse, so wird man freilich dahin kommen, daß auch die Erfüllung als eine bloße zeitliche Verlängerung jenes Willens nichts hieran zu ändern vermag; daß mithin eigentlich selbst die Erfüllung aufgerufen werden dürfe — was denn ohne Zweifel sehr exorbitant erscheinen muß. Allein trotz aller dieser Exorbitanz bleibt dies strenge genommen immer wahr und leidet nur dann, wie oben erörtert, eine Modification, wann auch die Gegenerfüllung, Gegenleistung bereits erfolgte.

Eine Aenderung des Willens, als Act der stäts freien Willkühr, darf so oft Statt haben, als dadurch die Rechtssphäre eines Andern nicht verletzt wird. Dies wird aber nur dann immer der Fall sein, wann durch die Willensäußerung ein Object sich zugeeignet werden soll, das dorthin in die fremde Sphäre gehört. Kann nun aber ohne körper-

liche Uebertragung des Objectes in die Rechtssphäre eines Andern dasselbe Object nicht zu dieser Sphäre, wie oben angemerkt, gehören, so ist dann doch mit der Leistung selbst diese Uebertragung wirklich vollendet. Es scheint demnach, als ob wir in solchen Fällen die Revocation wegfallen lassen, oder das Vorhandensein eines Widerspruchs einräumen müßten. Indeß wird dieser scheinbare Widerspruch und jene scheinbare Exorbitanz schwinden, sobald wir die Sache näher ins Auge fassen.

Der Empfänger einer Leistung, der die versprochene Gegenleistung unterläßt, hat jene erstere ohne Recht; mit dieser Widerrechtlichkeit aber gestaltet sich sein Besitz selbst in einen widerrechtlichen um. Widerrechtlich, d. h. mit Unrecht hat er seine Rechtssphäre erweitert, somit ein Unrecht gegen mich begangen; und daß dies gegen mich geübte Unrecht vermittelt werde, dies zu fordern bin ich berechtigt. Nun ließe sich diese Vermittlung auf eine zweifache Weise denken. Entweder, daß ein Zwang gegen den Gegner zu dem Ende geübt werde, daß er seine Gegenzusage erfülle; oder aber, daß ich das Geleistete zurückerhalte. Da nun für den erstern Fall das Recht auf Zwang nichts Reelles würde zum Gegenstand haben können, weil — nach obigen Deductionen — der Wille des Empfängers nicht Gegenstand irgend eines Anspruches sein darf, vielmehr das versprochene Object der Gegenleistung selbst erst mit dieser Leistung, der wirklichen Erfüllung des Gegners, in meine Rechtssphäre übergehen, d. h. Object meines Anspruches unmittelbar werden kann, so läßt sich das mir widerfahrene Unrecht nicht anders als durch die zweite Alternation vergüten, nämlich durch Vindication des Geleisteten.

Wir hätten hiermit nun allerdings das Mittel, jenes mir zugestoßene Unrecht zu heben, gefunden, allein der Widerspruch selbst wird noch nicht vollständig gelöset erscheinen,

da wir immer noch nicht das Recht zu dieser Vindication haben auffinden können und dies Recht in der Leistung = Uebertragung in eine andere Rechtssphäre erloschen zu sein scheint. Allein indem ich die Leistung unternehme, thue ich dies natürlich nur unter der Voraussetzung, daß die Gegenleistung erfolgen werde. Was ich unter irgend einer Voraussetzung thue, thue ich nicht unbedingt, also bedingt — meine Leistung war somit bedingt durch die Gegenleistung. Ich übertrug mein Recht, ich gab es auf, nicht anders als bedingungsweise. Mit dem Unterlassen, dem Wegfallen der Gegenleistung, fällt auch meine Voraussetzung = Bedingung weg. Da ich nun nur mit Bedingungen weggab, so gab ich ohne Bedingung nichts, ich übertrug also nichts, d. h. wenn die Gegenerfüllung ausbleibt, dann habe ich mein Recht selbst noch vollständig, also auch das zur Vindication.

§. 30.

Der im vorigen §. erörterte Grund dürfte nun der einzige rechtliche sein, aus dem die einseitig erfüllten conventiones aufgehoben werden können. Dieser rechtliche Grund wird sich aber bald in den Händen des positiven Gesetzgebers in einen s. g. legislativen umgestalten, d. h. daraus wird die Regel hervorgehen, daß Niemand durch Unrecht dem Andern Schaden zufügen soll. Diese Regel ist wohl überall nichts anderes als das Product, des durch die vorige Deduction gefundenen, wenn dort auch nicht klar ausgesprochenen Satzes: daß niemals mehr Rechte einerseits angesprochen und erworben werden dürfen und können, als andererseits wirklich und mit Willkühr aufgegeben sind.

Es dürfte zu Tage liegen, daß dieser Satz sich auch schon in der bekannten Regel des römischen Rechtes abspiegelt: **nemo alterius damno locupletior fieri debet** — die

insofern also eine viel tiefere Bedeutung hat, als ihr gewöhnlich zugeschrieben werden mag. Der positive Gesetzgeber, so wenig jemals er jenen Satz außer Acht lassen wird — (derselbe zieht sich als Grundgedanke durch die ganze Lehre des Schadensersatzes) — den er nicht übersehen oder in seiner Bedeutung nicht verkennen kann, weil er zum innersten Wesen der Gerechtigkeit, der gerechten Gesinnung gehört und darum sich unaufhörlich vordrängt; so wird er dennoch in concreto sich desselben so wie seiner Herkunft nicht immer klar bewußt sein. Daher spricht eine positive Gesetzgebung wohl von Schadensersatz, wo in der Prästation der Verpflichteten doch gewissermaßen nichts anderes enthalten ist, als die Rückerstattung des von Berechtigten noch gar nicht Aufgegebenen, eines noch nicht Veräußerten.

Auf der andern Seite wird die Rückerstattung in ihrer Integrität nicht immer möglich sein, d. h. das Geleistete wird nicht als idem prästirt werden können und daher der Gesetzgeber sich genöthigt sehen, die subsidiäre Pflicht tantundem zu geben, zu substituiren, also die Pflicht, ein möglichst Gleiches dem schuldigen Objecte zu substituiren.

§. 31.

Aus dem Bisherigen resultirt nun in Rücksicht des Revocationsrechtes Folgendes:

1) Diejenigen conventiones, die von der positiven Gesetzgebung nicht als Ausnahmen bezeichnet, oder von den Parteien durch Einkleiden in eine positive Form zur Ausnahme umgeschaffen sind, können, so lange sie noch nicht erfüllt worden, also noch wirkliche, bloße conventiones geblieben sind, widerrufen werden.

2) Aber auch noch dann ist eine solche Revocation zulässig, wann nur einerseits eine Leistung vorgenommen, eine Gegenleistung noch nicht Statt gefunden — weil die

Leistung in diesem Falle nicht absolut ist; mithin das Recht nur bedingt, also eigentlich gar nicht aufgegeben wurde, m. a. W. weil der Wille als bedingter nicht reiner Wille war, so ist eine bedingte Uebertragung = gar keiner *).

Diese Regeln finden wir nur bei denen conventiones, die durch positive Satzungen in ihrem innersten Wesen am wenigsten von den Römern verletzt sind **), bei eben diesen Römern in ziemlicher Reinheit angewendet. Wir müssen

---

*) Daß bei der reinen Schenkung gar keine Gegenleistung erscheint, thut natürlich nichts, denn hier wird die Uebertragung ebendarum ganz unbedingt vorgenommen. — Liegt vielleicht, — so könnte man mit Fug und Recht fragen, — die Gegenleistung des Beschenkten in der Prästation der angenehmen und guten Eigenschaften desselben, die jene der Schenkung zum Motiv dienende Affection veranlassen? In jenem ästhetischen Genuß des Schenkers, den ihm der menschlich vollkommenere Beschenkte in der Freude am sittlich Guten und Schönen gewährt? Dann wäre freilich schon darum die Eintheilung von Gans und Hegel, wonach die **conventiones** entweder Schenkungen oder Tausch betreffen, unrichtig, vielmehr auch jener erstere Tausch — nämlich Tausch einer Sache oder Handlung gegen Empfindungen. Hier läge auch weiter in der Prästation des angenehmen Gefühles des Wohlthuns, welches der Beschenkte dem Schenker durch die Annahme verschafft, oder in dem erhebenden Bewußtsein, sich jemanden dankbar verpflichtet zu haben, offenbar eine wirkliche Leistung. Mögen die genannten Herren — vorausgesetzt den unwahrscheinlichen Fall, daß sie diese Note lesen — das einmal überlegen.

Gewiß ist, daß ja auch, wer für Geld eine Kunstsache, eine Merkwürdigkeit sieht, für dies sein Geld Empfindungen und Gefühle eintauscht, die mitunter ebensosehr höherer Natur sein mögen als die durch eine Schenkung erregten. Könnte es in diesem Betracht nicht mitunter zweifelhaft sein, wer der wahrhaft Beschenkte sei, ob der, dem die irdische Sache, oder jener, dem die Gefühle zu Theil werden! — Wer möchte den Genuß eines Paganinischen Concertes für die dafür gezahlten drei Thaler zurückgeben!

) Damit soll keineswegs gesagt sein, daß solche Satzung nicht **in concreto sehr heilsam und nothwendig gewesen, das aber gehört zu den Motiven der Gesetzgeber und geht uns daher hier nichts an.

dahin rechnen, alles was nicht in der Form eines Literalvertrags, einer Stipulation erscheint, oder nicht zu den s. g. Consensualverträgen und nicht den genannten Realverträgen *) gehört. Es bleiben mithin, als dahin nicht gehörig, als in ihrem natürlichen Wesen nicht verletzt, sämmtliche conventiones nudae — in dem Begriff nudum liegt, auch daß diese rein, d. i. durch Ungehöriges nicht verändert sind — und jene nicht besonders als Species ausgezeichneten und hervorgehobenen Realverträge, d. h. diejenigen, die von den römischen Juristen nicht vorzugsweise abgehandelt, ebendarum aber auch nicht mit Namen versehen worden sind; daher von uns contractus reales innominati genannt werden; — um doch nun wenigstens als ungenannte genannt werden zu können.

Diese Innominatverträge bilden insofern eine eigene in sich abgeschlossene Classe von conventiones. Zu den conventiones nudae gehören sie nicht; denn durch die Leistung sind sie contractus geworden; sie unterscheiden sich aber auch wieder vor allen übrigen contractus dadurch, daß bei ihnen die Revocation stets gestattet, daß letztere durch keine Ausnahme aufgehoben ist, was bei den übrigen so allgemein nicht Statt findet.

Bei dieser ganzen Classe von conventiones wird es nämlich von den Römern als Regel anerkannt, daß man, so lange nicht die Gegenleistung erfolgt, — also es überhaupt möglich ist, noch von einem Rechtsverhältniß der Contrahenten zu reden — zurücktreten dürfe, seinen Willen ändern könne. Sie nennen diesen Act der Willensänderung: *poenitere.*

Ulpianus Lib. 2. Disputationum
fr. 5. pr. §. 1. D. de cand. c. d. c. n. s. (12. 4.)

---

*) Vergl. oben §. 28.

Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis, vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficiscereris — an condici possit videndum. Et, cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare. *Sed cum licet poenitere ei qui dedit*, procul dubio repetatur id, quod datum est. — — — Si servum quis tradiderit alicui, ita, ut intra certum tempus manumitteretur, *si poenituerit eum*, qui tradiderit, et super hoc eum certioraverit, et fuerit manumissus, post poenitentiam: *attamen actio propter poenitentiam competit ei, qui dedit.*

Ulpianus Lib. 26. ad Ed.

fr. 3. §. 2. 3. D. ib.

Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittat, is non facit, possum condicere; *aut si me poeniteat, condicere possum.* Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittat — si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, *nisi poeniteat.*

Gajus Lib. 9. ad Ed. prov.

fr. 27. §. 1. D. Mandati (17. 1.)

Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio. Potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti, si, *poenitentia acta*, servum recuperare velim.

§. 32.

Ein ſolches Recht zur Willensänderung wird nur nach Analogie der römiſchen Ausdrücke von unſern Juriſten jus s. facultas poenitendi genannt *). Es ſcheint in der That

*) Auch nach dem A. L. R. giebt es ein Reuerecht. I, 5, 156. 161.

nicht anders, als man habe dasselbe keineswegs immer gut in den Rechtsorganismus einzureihen, nicht gut in das Gedankengerüste, was man sich aus dem römischen Rechtsnachlaß aufgebaut, zu verwenden gewußt — ohne doch auf der andern Seite im Stande zu sein, es geradezu abzuweisen; denn seine Existenz war nun einmal nicht wohl zu verkennen; daraus allein möchte es erklärlich werden, wie man so mancherlei und mitunter so Abenteuerliches darüber hat sagen und schreiben können. — Ja Herr Dr. F. Gans in Berlin, um dem Trübsal ein Ende zu machen, erklärte in einer eignen Abhandlung den Glauben und die Lehre davon für eine fortgeerbte Fabel, also es selbst für ein Product juristischen Aberglaubens, somit gleichsam für ein Gespenst. Als reinern juristischen Glaubens mußte ihm solcher Irrglaube widerlich sein, und nachdem er in der Fülle der Gnade solches reinen Glaubens den Muth gefunden, gieng er keck auf den Kobold los, beschwor ihn mit Hülfe vieler juristisch geschichtlichen Formeln und gelehrten Handgriffe — und läutete ihm nach glorreichem Sieg dann förmlich zu Grabe. — Doch aber bestreitet er nicht, daß das Ungethüm wieder von den Todten möge auferweckt werden.

Es konnte darum nur anziehend und gewiß nicht ganz am unrechten Orte sein, die Natur dieses jus poenitendi näher zu erforschen; zu versuchen, die Frage zu erörtern, ob und inwiefern, da es nun einmal trotz aller Beschwörungen nicht wegzubringen ist, es dann wirklich so exorbitant, abentheuerlich und unerklärlich sei, als es verschrien ward.

Ist die obige Entwickelung nicht ganz unrichtig, so hätte das jus poenitendi seine geschichtliche und — wenn man so sagen soll — seine naturrechtliche Erklärung, d. h. die Erklärung seiner Erscheinung und seiner Existenz gefunden — es wäre darüber nichts weiter zu sagen. Ist die-

selbe, so wie sie versucht worden, unrichtig, so gesteht der Verf. gerne, daß er nichts Besseres zu substituiren weiß und daß dann auch ihm das jus poenitendi ein Räthsel bleibt, das er anerkennen muß, ohne es lösen zu können. Auch er muß dann nothwendig ein Gespenst darin erblicken, das er zwar als friedliches dulden könnte, aber doch nicht als in die natürliche Reihe der Dinge gehörig erachten kann, und somit immer für ein gespensterartiges Wesen halten muß *).

Einen Punkt glaubt der Verf. hier schon erwähnen zu müssen, der hier nicht übergangen werden zu dürfen scheint, und gleich anfangs am besten erörtert werden möchte. Wir sahen nämlich, daß derjenige, der eine Leistung machte, solle zurücktreten dürfen, und es fragt sich nun, ob nicht auch dem Empfänger der Leistung ein solches Reuerecht zustehe. Nach unserer Darstellung wird man ihm dies nicht versagen können, ohne sich einer argen Inconsequenz schuldig zu machen. Natürlich aber wird vorausgesetzt, daß er das Empfangene vorerst ganz vollständig dem Geber restituire. Obgleich wir nicht läugnen wollen, daß ein Gesetzgeber sehr leicht darauf kommen könnte und sollte, dem Empfänger die Reue zu versagen, so findet sich darnach im römischen Rechte keine solche Bestimmung, die der obigen Behauptung entgegen wäre. Letztere ist eine consequente Folge der aufgestellten Sätze, und wir haben nicht des Gesetzgebers Functionen zu versehen.

§. 33.

Oben ward ganz allgemein gesagt, es sei eine Eigenthümlichkeit der contractus innominati, daß man seinen Wil-

*) Weil nach der Deduction des Verf. die Sache ihm eine andere Gestalt zu gewinnen scheint als bei Gansens Voraussetzungen, so hat er auch des Letzteren Ansicht noch zur Zeit ganz unberücksichtigt lassen können — die aber doch in einem Anhange ihre Beleuchtung erhalten soll.

len auch noch nach einseitiger Leistung ändern könne. Hieraus ergiebt sich also, daß ohne Ausnahme bei jedem Vertrage dieser Classe ein jus poenitendi gestattet sei. Danach würde es mithin einerlei sein, ob die Prästation ein dare oder ein facere gewesen, und ebenso gleichgültig bleiben, was weiter noch die Absicht des Vertrages gewesen, ob nämlich auch der Empfänger ein dare oder facere oder sinere sich zur Pflicht gemacht.

In diesem Umfange und in dieser Allgemeinheit ist nun das Reuerecht noch von Niemand unseres Wissens anerkannt worden. Es ist im Gegentheil gar nicht zu verkennen, daß dasselbe auch noch vielen Andern außer Gans als ein juristisches Unding erschienen, an das sie in ihrer Reingläubigkeit so wenig als nur immer möglich glauben müßten; dessen Existenz und Wirksamkeit darum auch so sehr als möglich einzuschränken sei — bis dann zuletzt auch noch der kleine Rest des Ungeheuers von Gans wirklich einen moralischen Todtschlag erlitten.

Vielleicht nur eine Folge dieses Abscheues ist es, daß man die facultas poenitendi immer nur auf die Fälle reduciren zu müssen glaubte, wo die Leistung ein *dare* gewesen, es aber bei jenen, wo die Leistung in einem *facere* bestanden, nie zulassen wollte; oder aber daß man einen Unterschied machte in Rücksicht der Tendenz des Vertrages: ob nämlich dieser ein Vergleich gewesen oder nicht, und nur im letzten Falle ein solches Reuerecht gestattete, nicht aber, wenn man mit dem Vertrag einen Vergleich eingegangen war. Dies waren zwei wichtige Einschränkungen, und dieselbe schlossen eine Allgemeinheit, als worin wir dasselbe anerkennen zu müssen oben angedeutet, natürlich aus.

§. 34.

Wenden wir uns zur Beleuchtung dieser Beschränkungen, so muß es zunächst sicherlich auffallen, daß in Rück-

sicht der einen derselben ein Unterschied zwischen Leistungen im Thun und im Geben gemacht wird, während Beides doch nur verschiedene Formen einer Prästatio sind, — sich zur Prästatio an sich verhalten wie species zu genus. Ferner bewirkt eine solche Modification, daß es vom Zufalle, vom reinen Zufalle abhängt, ob man pönitiren könne, nämlich jenem Zufalle, daß man mit der Leistung etwas geben, nicht etwas gethan hat, während man andererseits es doch für ein generisches Merkmal der Innominatverträge ansieht, daß zurückgetreten, pönitirt werden könne *).

Warum aber der Vertrag, wobei die Leistung in einem facere bestand, andern Regeln unterliegen soll, wie der wo jene ein dare gewesen, das ist sofort nicht einzusehen. Wir müssen daher die Gründe dafür vernehmen. Als solche hören wir dann die Behauptung: 1) daß dies in der Natur der Sache gelegen sei, und 2) daß es auch so in den Gesetzen geschrieben stehe **).

---

*) Thibaut System §. 165. — Auch das A. L. R. kennt in solchen Beziehungen keinen Unterschied zwischen facere und dare I, 5, 165.

**) Thibaut l. c. Wir beschränken uns zwar hauptsächlich auf die Widerlegung der Gründe Thibauts; denn dieser ist wohl im Stande, seine Anhänger und Vorgänger gleichzeitig alle mit zu vertreten. Allein es kommen allerdings hier einzele Behauptungen und Citate im Fortgang vor, die von andern Vertheidigern der gegnerischen Meinung vorgebracht worden. — Es scheint nöthig, dies zu bemerken, damit es nicht das Ansehen gewinne, als werde hier alle Unrichtigkeit, besonders die in Seichtigkeit übergehende für von Thibaut behauptet ausgegeben. Kann man ja an sich von einem Thibaut nichts Seichtes erwarten, so hat auch der Verf. oben nur andeuten wollen, daß er in den Argumenten Thibauts auch dasjenige seiner übrigen Gegner widerlegt zu haben sich überzeugt halten dürfe, was diese Gewichtiges aufstellen konnten. Und wenn nun dessenungeachtet auch noch bei Thibaut sich nicht vorfindende Behauptungen beleuchtet und Ver-

Was nun die Natur der Sache angeht, die hier ein Wort haben soll, so wird man vergebens nach der Darstellung und schlußgerechten Deduction einer solchen suchen. Vielmehr wird man überall alles darauf reducirt finden, daß dieselbe als ein Resultat des Satzes ausgegeben ist: factum infectum fieri nequit: und man beschränkt sich dann darauf, diesen Satz mit Citaten aus den Pandecten zu belegen. Dahin gehört:

Ulpian. Lib. 42. ad Sabinum
fr. 31. D. de R. J. (80. 17.)

Verum est, neque pacta, neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem, aut (in) factum efficere possit.

Tryphoninus Lib. 4. Disput.
fr. 12. §. 2. D. de captiv. (49. 15.)

Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt.

Dies Alles ohne weitere Autorität kühn zu glauben, wäre vielleicht jedermann geneigt gewesen, denn der Satz: factum infectum fieri non potest ist so wahr, daß er eines weitern Beweises bei irgend jemand schwerlich bedürfen möchte. Allein es will uns nicht scheinen, als ob diese Wahrheit mit unserer Sache auch nur das Geringste gemein habe. Es ergiebt sich hier nämlich überall nicht die Nothwendigkeit, daß irgend Etwas Geschehenes ungeschehen werde, denn dies ist zur Ausübung eines jus poenitendi keineswegs erfordert. Wird ja doch auch bei einer Leistung im Geben das Factum, die Thatsache des Gebens nicht unge-

---

suche zu deren Widerlegung gemacht sind, so ist dies nicht sowohl geschehen, weil der Verf. ihnen Bedeutung beigelegt, als vielmehr, weil dies von Andern geschah und vielleicht noch ferner geschehen möchte.

schehen gemacht; vielmehr fordert der Reuende, indem er sein Reuerecht geltend macht, mit der Restitution des Gegebenen, Veräußerten ein neues Geben, d. i. ein Zurückgeben; er macht also seine Leistung nicht ungeschehen, sondern er fordert gleichsam eine neue, wiederholte Leistung, die dann, haftet die Reflexion lediglich an der Handlung des Gebers und nicht an dessen Object, eine ganz andere, mithin eine neue ist. Vollends wird dies deutlich werden, sobald man an einen Fall denkt, wobei das Gegebene eine fungible Sache, etwa Geld, gewesen und dies vor der Rückgabe bereits consumirt worden war. Hier ist es ja doch offenbar ein neues dare, ein retro dare, also ein ganz anderes, was der Geber fordert.

So die Verhältnisse betrachtet, so folgt aus der Ansicht der Gegner über die Folgen des Geschehenseins bei einer consequenten Durchführung, daß auch immer da die Reue wegfallen muß, wo ein *dare* geleistet worden, denn dies dare als Thatsache kann in aller Ewigkeit nicht ungeschehen gemacht werden. Noch deutlicher möchte dies an dem oben angeführten Beispiele werden, wenn nämlich das Object verbraucht oder untergegangen wäre. Auch hierbei wird es stäts eine reine Unmöglichkeit bleiben, das Gegebene simpliciter zurück zu erhalten, und man muß daher eine andere Sache, der Qualität und Quantität nach tantundem, prästiren.

Noch Niemand aber hat aus dem Grunde, daß die geleistete Sache nicht in specie restituirt werden könne, das Reuerecht im letztern Falle ableugnen wollen. Ueberhaupt ist es auch anerkannt, daß die Forderung nicht gerade an der geleisteten Species haftet:

Pomponius Lib. 9. ad Sabinum fr. 7. D. de cand. ind. (12. 6.)

Quod indebitum per errorem solvitur, *aut ipsum, aut tantundem repetitur.*

Ulpianus Lib. 26. ad Ed.

fr. 26. §. 12. in m. D. ib.

Sed hae operae recipiunt aestimationem, et interdum *licet aliud praestemus, aliud condicimus.*

In diesen Aussprüchen römischer Juristen ist es nun unverkennbar angedeutet, was zu thun ist, wenn das Prästirte nicht specifisch restituirt werden kann. Man soll nämlich alsdann aliud condicere, quia recipiunt res et operae aestimationem.

§. 35.

Steht diesemnach die Natur der Sache der Revocation und Condiction immer im facere bestandenen Leistung überhaupt nicht entgegen, so dürfte dies wohl auch bei unserm Neuerecht nicht der Fall sein. Der erstere der obigen Gründe wäre demnach ohne allen Gehalt.

Was man zur Begründung des zweiten Satzes angeführt hat, ist Folgendes:

Paulus Lib. 5. quaestionum

fr. 5. §. 3. D. de praescr. verb. (19. 5.)

Quod si faciam ut des, et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur.

Vorerst darf nicht übersehen werden, daß Paulus nicht sagt, man könne bei facio ut des nicht pönitiren, denn in jener Stelle ist im Allgemeinen eine jede Civilklage versagt: nulla erit civilis actio. Wollte man dies ebenso allgemein verstehen, als es zu lauten scheint, so wäre damit auch die Klage auf Erfüllung verworfen. Die Stelle redet aber und ist überhaupt zu verstehen nur von dem Falle, wo der Geber das Interesse von seinem Gegner fordert, wie dies sich zur Genüge ergiebt, wenn man das Fragment in

seinem Zusammenhange liest. Paulus handelt hier ex professo nur von dem Falle, den er im Anfange des Fragments aufführt.

> Naturalis meus filius, servit tibi, et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum; ego manumisi, tu non manumisisti — qua actione mihi teneris quaesitum est.

Dort ist also von einem Falle facio ut facias die Rede. Allein die Sache ist concret, doch ganz eigenthümlicher Natur, weil es sich von der libertas handelt, die, einmal gegeben, nicht aufgehoben werden kann. Es kann sich hier also nur von dem Interesse handeln. Da will Paulus, wie er sagt, gelegentlich seiner Erörterung also nur beiläufig alle Fälle ob rem dati abhandeln. Nachdem er in diesem Sinne des Falles: do ut des, do ut facias, facio ut des kürzlich Erwähnung gethan, kömmt er auf seinen Hauptfall facio ut facias zurück und faßt hier das Resultat für die oben aufgeworfene Frage im §. 5. dahin:

> Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, ut in *proposita quaestione*, idem dici potest: et necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere quem manumisi.

Paulus hatte also in proposita quaestione den Fall facio ut facias vor Augen, allein einen solchen, wo die Reue nicht zur Sprache gekommen, der auch überdies der Art war, daß er mit andern nicht zusammengestellt werden darf, weil die Freiheit gegeben worden war, die niemals aufgehoben werden konnte — libertas semel data revocari non potest. Da blieb dem Leister, der zudem offenbar nicht pönitirte — (denn Paulus fragt nach der Klage, die eintreten soll, wenn der Gegner nicht erfüllte: tu non manumisisti) — natürlich nichts übrig als eine Klage ad id quod interest. Es ist aber nach der ganzen Fassung des

Fragments auch ebenso klar, daß der Geber die Erfüllung des Gegners nicht wollte, nicht wollen konnte, denn sie als solche interessirte ihn weiter nicht. Gewiß nämlich hatte jener die Veranlassung zum Vertrag gegeben, der nachher nicht erfüllte. Denn wohlverstanden, der rechte, eheliche Sohn (*filius tuus* heißt es und nicht: *naturalis*) des Leisters diente dem Andern, während nur des letzteren filius *naturalis* jenem: „*naturalis* meus filius servit tibi, et *tuus* „*filius* mihi“ — und schon darum war ein verschiedenes Interesse vorhanden, da begreiflich der filius werther scheinen mußte als der filius naturalis. Allein auch unmittelbar aus den Worten des Paulus ergiebt es sich, daß der Empfänger, d. h. derjenige, der nicht geleistet, die Veranlassung des Vertrages gegeben. Die conventio lautete nämlich dahin: ut et tu meum manumitteres, et ego tuum. Da nun derjenige, der eine conventio in Vorschlag bringt, zunächst seine Leistung bezeichnen wird und dann die des Gegners, so scheint es in jener conceptio formulae zu liegen, daß der, dessen filius legitimus diente, den Vorschlag zuerst gemacht haben möchte. Es kömmt endlich hinzu, daß auch derjenige Contrahent sich die Gegenleistung seines Mitcontrahenten zuerst zu verschaffen suchen wird, den diese Gegenleistung am meisten interessirt. Ueberall ergiebt sich mithin, daß das Interesse dessen, der nicht erfüllt hatte, bei weitem höher war als das des Mitcontrahenten; daß das Interesse jenes, der gegen Entlassung seines Sohnes die Entlassung des filius naturalis dessen, dem der erstere diente, das größere gewesen sein mußte.

Somit erscheint unsere Annahme gerechtfertigt, daß vorliegend der, qui manumisit, an der zweiten und gegentheiligen manumissio kein Interesse hatte, und darum nur sein id quod interest ansprach. Wir müssen dieser Ansicht zu huldigen um so mehr geneigt sein, d. h. anzunehmen, daß

es sich hier überhaupt nur von dem Interesse handele, als wir anders den Paulus auch eine Klage auf Erfüllung absprechen lassen, was ja absurd wäre. Indeß fühlt wohl auch ein Jeder ohne Erinnerung, wie mangelhaft die Erörterung an sich ist, so daß wir zu der zweiten Annahme genöthigt sind: Paulus habe keineswegs ex professo, sondern nur beiläufig und nur damit auf seine ihm im Auge liegende proposita quaestio zu gelangen, den tractatus ob rem dati abgehandelt; oder aber, daß wir seine Erörterung nicht vollständig, vielmehr nur mit den Spuren von Tribonians Scheere besitzen.

Nach diesen Voraussetzungen sind wir nun wohl im Stande, die obigen Worte von Paulus im §. 3. der Stelle richtig zu verstehen, falls wir dieselben im Zusammenhange mit dem Vorherigen lesen. Er sagt da: **Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres et manumisisti et is, quem dedi, evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Julianus scribit, si ignorans, in factum civilem.** Hiernach soll, wenn der in der Absicht, daß ein Anderer manumittirt werde, hingegebene Sclave evincirt wird, insofern dabei ein dolus des Gebers concurrirt, die actio de dolo Statt haben, wenn kein dolus obwaltet, eine actio in factum civilis. Nun kehrt Paulus denselben Fall um, den Fall nämlich, wo ein Sclave manumittirt und einer gegeben werden sollte *), und sagt fortfahrend: **Quod si (ego) faciam (manumitterem) ut (tu) des (servum) et posteaquam feci (manumisi) cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.** Das heißt nur in dieser Stellung, als fortsetzende Umkehrung des bezeichneten erstern Falles: wenn ich manumittiren und du einen Sclaven mir dagegen geben sollst, du ihn aber, nachdem ich ma-

*) Das **facio ut des** ist keineswegs allgemein, sondern nur von dem concreten Falle zu verstehen: **manumitto servum ut des servum.**

numittirt habe, nicht giebst, so wird keine Civilklage, sondern die de dolo gegen dich Statt haben.

Ob nun letzteres im Allgemeinen richtig sei, ob nicht in diesem Falle der Cajus wie im erstern der Titius eine Klage aus demselben Grunde haben müsse, dies untersuchen wir nicht; sondern es ist nur darum zu thun, den Sinn der Stelle überhaupt zu fassen, und damit nachzuweisen, daß Paulus nur vom Interesse rede. Dies ergiebt sich aber hier, denn es konnte von einer poenitentia nach der manumissio nicht die Rede sein, weil die libertas nicht revocirt werden konnte *).

§. 36.

Eine weitere noch als Beleg citirte Stelle ist:

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Menandrae.

C. 4. C. de dolo malo (2. 21.)

Cum proponas, inter de, et eum, quem in contubernio ancillam tuam sibi conjunxisse memorasti, placuisse, ut tibi pro eodem daret mancipium, intelligis, quod ei manumisisti, vel ei tradidisti et ille manumisit, revocandae libertatis potestatem non habes, sed solum, si necdum statutum tempus excesserit, et fidem placiti rumpat, desiderare debes, de dolo tibi

---

*) Es unterliegt wohl auch keinem Bedenken, daß Paulus in seinen **tractatus** unvollständig ist; denn ohne Zweifel steht dem **faciens** eine Klage auf Erfüllung zu, die ihm einige Zeilen früher und anderwärts ohne weitern Anstand von Paulus eingeräumt wird. Hat in obiger Stelle der ein **facere** leistende Contrahent, wenn der Gegenstand des **dare** weggefallen, also so gut wie nicht geleistet ist, eine **actio civilis**, warum soll unter ganz gleichen Umständen derselbe einige Zeilen später nicht auch eine haben? Es liegt ja kein anderer Unterschied vor, als daß es dort der **tu** und hier der **ego** ist, oder wie oben im Text gesagt, daß der Cajus und Titius verschiedene Namen sind. Vergleiche überhaupt unten §. 41.

decerni actionem. Quod si penes te dominium ejus remansit, adito praeside provinciae, cum natis ejus hanc potis recuperare, si nulla moveatur status, quaestio.

Hierbei darf zunächst nicht übersehen werden, daß die Entscheidung nicht bloß auf den einen Fall, nämlich facio ut des, sondern ebenwohl auf den andern: do ut des gerichtet ist. Denn es heißt ja: intelligis, quod si manumisisti — vel ei tradidisti et ille manumisit — oder du ihm übergabst und er manumittirte. Diese letztere Alteration wäre also ein Fall do ut des und es scheint offenbar die conventio anfänglich auch dahin, nämlich auf ein do ut des, gelautet zu haben, wie dies die Worte ergeben: ut tibi *pro eodem daret* mancipium; dann pro eodem dare setzt ein gegenseitiges dare mit Nothwendigkeit voraus. Wäre also in dieser Stelle der Ausspruch enthalten, daß der Anfrager kein Reuerecht haben solle, so wäre nach dem Sinne der Stelle damit auch ein solches Recht für den Fall do ut des geläugnet. Dies allein schon müßte darauf führen, daß dergleichen Sinn nicht in der Stelle sein kann. Um indeß genau zu erfahren, was der Anfrager wissen wollte, dürfen wir uns nur daran halten, worauf die Antwort gerichtet ist; denn wir müssen voraussetzen, daß diese doch auf die Frage genau passe. Die Antwort lautet nun a) daß der Anfrager die Freiheit nicht aufheben könne — also hatte er dies gewollt: das aber konnte bekannten Regeln nach nicht geschehen; b) wenn der Andere nicht erfülle, so habe er eine actio de dolo — also handelte es sich um einen Fall, wo der Andere nicht erfüllte: diese Nichterfüllung war mithin der Grund der Klage und keineswegs die Reue. Allein auch hier war die Tendenz der Klage noch immer nicht die Erfüllung der versprochenen Zusage, sondern das Interesse. Denn niemand wird bestreiten wollen, daß der

Geber sicherlich die Erfüllung fordern konnte, und da hiervon in dem Rescripte keine Rede ist, so liegt zu Tage, daß es sich darum auch nicht handelte, d. h. hierüber auch keine Frage gestellt worden war. Dem Anfrager war es nach Allen diesem nicht um die Gegenleistung, sondern um die Wiedererlangung seiner Leistung, und da diese wegen der entgegenstehenden libertas nicht möglich war, begreiflich nur um Vergütung dieser letzten d. i. aber das Interesse zu thun. Dies ergiebt sich auch ganz klar aus dem Schluß der Stelle, wo ihm die Kaiser zum Trost sagen: wenn er noch nicht manumittirt habe, oder noch nicht gegeben (das Eigenthum noch bei ihm geblieben sei) so könne er auch die ancilla zurückfordern.

§. 37.

Wir dürfen es nach dieser Auseinandersetzung wohl für weiter keinem Zweifel unterliegend ausgeben, daß aus der s. g. Natur der Sache nicht folge: bei den Verträgen mit facere anfangend müsse das Neuerecht, insofern als dasselbe mit der Eigenthümlichkeit des facere sehr wohl bestehen kann, wegfallen. Wir dürfen aber auch behaupten, daß unsere Gesetze nichts enthalten, was unserer Ansicht entgegen wäre, nur eine Einschränkung des Neuerechts für diejenigen Fälle, wo ein dare den Anfang des contractus macht, erheischte. Vielmehr möchte man sagen, liegt es in dieser Natur der Sache, daß es eine solche Einschränkung nicht geben kann.

Wie oben schon angedeutet, so müßte allein der sonderbare Umstand, daß nach jener Meinung derjenige, dessen Leistung in einem facere bestand, nach andern Regeln zu beurtheilen und zu behandeln sei, sich mit der Leistung specifisch verschiedene Rechte erwerben würde als jener, der etwas hingab; während andererseits beide Fälle doch unbestritten in eine Kategorie gehören sollen — dies müßte schon

sehr mißtrauisch gegen solche vom rein Zufälligen resultirende Beschränkung machen. Eine verständige Gesetzgebung aber kann und wird so wichtige Rechte, von solchen zufälligen Begebnissen, wie es in der That der Unterschied ist: ob etwas gethan, nicht etwas gegeben worden, nur abhängig machen, und die römische konnte dies ihrem ganzen Geiste nach, der späterhin doch zweifellos jener einer gesunden Praxis war, nicht thun.

Auch würde, wenn man nicht inconsequent sein wollte, aus jenem Grundsatze: factum infectum fieri nequit — auch gefolgert werden müssen: daß für eine Leistung im Thun, für die der Mitpaciscent die Gegenleistung unterläßt, wohl gar mala fide Gegenleistung unmöglich gemacht hat, nun keine Vergütung angesprochen werden könne, welche in solchem Falle der Erfüllung gleichsteht, denn es wird sich hier gleichfalls die Wahrheit geltend machen: factum infectum fieri nequit. Das würde indeß absurd sein; was aber bei consequenter Anwendung sich sehr bald bis zur Absurdität steigern läßt, das kann unmöglich richtig und wahr sein.

Wenn man sich nur deutlich vorstellt, was in der Behauptung liegt: beim facere sei eine Reue nicht möglich — so wird man sich bald überzeugen, daß es nichts Irrigeres und Verkehrteres geben könne. In dem facere ist nämlich alles enthalten, was nicht dare ist. *Dare* aber heißt zu eigen geben, ins Eigenthum eines Andern übertragen *). Eine jede Handlung, die nicht das Eigenthum einer Sache überträgt, eine jede Leistung, womit nicht Eigenthum eines Andern erzeugt wird, ist mithin, gegenüber dem dare, ein facere. Natürlich, denn es giebt, wie nach der Natur der Sache, so auch nach der Darstellung der Römer, nur Ver-

*) §. 14. J. de actt. (4. 6) fr. 75. §. 10. D. de V. d. (45. 1.) fr. 167. pr. D. de R. J. (50. 17.)

träge auf dare und facere. Da jenes dare Eigenthum übertragen heißt, so ist jede mögliche Prästation, die in einem Vertrage außer jener vorkommen kann, ein facere. Bleiben wir nun aber für unsere hier tradirte Nachweise einmal bei nur dem einen der möglichen Fälle eines facere stehen, nämlich dem *tradere*. Offenbar ist auch dies ein facere, denn es ist nicht dare *). Soll nun die Behauptung etwas gelten: beim facere hat keine Reue Statt, so muß dieselbe selbstredend auch auf das tradere anwendbar sein, mithin bei einem tradidi niemals eine Reue eintreten. So oft also, als ich etwas übergeben habe, ohne gerade das Eigenthum dem Empfänger verschafft zu haben — wie z. B. ja auch bekanntlich beim Kauf jedesmal nicht mehr in der Pflicht des Verkäufers liegt als ein tradere —, so oft darf ich ein Reuerecht nicht ausüben. Wir enthalten uns auch bei dieser Consequenz billig jeder weitern Folgerungen — wir können uns aber des Glaubens nicht erwehren, daß die Gegner sich keineswegs klar gedacht haben mögen, was alles sie mit ihrer Behauptung behaupten.

§. 38.

Wenn nun vielleicht auch das Bisherige ausreichen möchte, um die Unrichtigkeit der hier angefochtenen Meinung nachzuweisen, so dürfen wir demnach einen Schritt weiter thun und die Richtigkeit unserer Meinung direct beweisen, d. h. den Beweis aus unsern Gesetzen entnehmen: daß nämlich auch Prästationen, die das facere in sich faßt, zurückgefordert werden können **).

Wir haben gerade einen solchen Fall, wie er bei dem Reuerecht eintritt, an den *indebite* geleisteten Handlungen,

---

*) fr. 28. D. de V. d. (45. 1.) fr. 72. pr. fr. 75. §. 7. ib.

) Freilich liegt diese Nachweise in anderer Art auch schon in dem obigen Beispiel von **tradere.

die hier ohne allen Zweifel eine schlagende Analogie abgeben können. Gewiß bleibt es, daß auch bei diesen das factum in aller Welt kein infectum ward — die Handlung des Leistens als Thatsache konnte nie mehr ungeschehen werden. Freilich konnte, eigentlich zu reden, dieselbe auch nicht producirt werden, wenn man unter condicere den Anspruch auf die gegebene Species verstehen will. Demnach aber gestatten die Gesetze ohne Anstand demjenigen, der indebite handelte, eine Revocation, eine condictio.

Es läßt sich überall kein Grund erdenken, warum es einen Unterschied geben sollte zwischen Handlungen, die indebite geleistet werden, und solchen, die in Folge eines Vertrags vorgenommen sind. Wo sollte dieser Unterschied liegen? Es giebt einen solchen lediglich in dem Motiv, insofern dies dort irrig ist, auf einer irrigen Voraussetzung beruht, hier aber nicht gleich so, hier die Voraussetzung richtig bleibt. Das aber ist kein Unterschied in der Handlung selbst, in der Art der Leistung. Allerdings und vernünftigerweise kann die Handlung nicht ungeschehen gemacht, als Erscheinung in der Sinnenwelt nicht revocirt werden, allein Statt dessen trat eine Vergütung dafür ein.

Paulus Lib. 17. ad Plautum,

fr. 65. §. 7. D. de cand. ind. (12. 6.)

Sic *habitatione* data, *pecuniam* condicam; non quidem quanti locari potui, sed quanti tu conducturus fuisses.

Pomponius Lib. 22. ad Sabinum

fr. 22. §. 1. D. ib.

Cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi, incerti condicam, ut iter mihi concedatur.

Ulpianus Lib. 26. ad Ed.

fr. 26. §. 12. D. ib.

> Libertus, cum se putaret operas patrono debere, solvit; condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Julianus lib. X. Digestorum scripsit. Natura enim operas patrono libertus debet.

Hier hatte ein libertus seinem Patron Dienste geleistet, ohne dazu verbunden zu sein. Die condictio indebiti wird ihm aber dennoch und zwar darum versagt: quia natura operas patrono libertus debet. In Betracht dieses Entscheidungsgrundes folgt ex argumento a contrario, daß die von einem andern als libertus, oder einem andern als dem Patron geleisteten Dienste hätten condicirt werden können. Dies spricht Ulpian denn auch im Fortgange der Stelle selbst noch aus. Derselbe kömmt nämlich zuletzt auf den Fall, wenn der Patron vom Libertus operae fabriles geleistet erhalten hatte — die bekanntlich nur ex specialibus causis zu den Verpflichtungen der Freigelassenen gehören konnten *) — und findet keinen Anstand, für diesen Fall die condictio zu gestatten:

> Sed — sagt er — si operas patrono exhibuit, non officiales, sed *fabriles*, veluti pictorias, vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. Et Celsus libro VI. Digestorum putat, eam esse causam operarum, ut non sint eaedem, neque ejusdem hominis, neque eidem exhibentur. Nam plerumque robur hominis, aetas temporis, opportunitasque naturalis mutat causam operarum et ideo nec volens quis reddere potest. Sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem; et interdum licet aliud praestemus, aliud condicimus. — — — Sic et in proposito ait, posse condici, quanti operas essem conducturus **).

*) fr. 3. p. fr. 5. 7. D. de op. lib. (38. 1.) fr. utt. D. de lib. causa (40. 12.).

**) Cf. fr. 25 D. de praescr. verb. (19. 5.)

Will man nun nicht bestreiten, daß Paulus und Ulpian, die Verfasser jener Stellen, ebenfalls gewußt haben: quod factum infectum fieri nequeat *), so wird man auch nicht füglich bestreiten können, daß dieser Satz weiter uns nicht entgegenstehe.

Wollte man übrigens in dieser Angelegenheit Gründe der Billigkeit — die eigentlich freilich nur Gründe einer unjuristischen Barmherzigkeit sein möchten — zur Sprache bringen, so läßt sich behaupten, daß es Fälle geben möge, wo es dem Accipienten eines facere weniger beschwerlich und nachtheilig werde, eine zum Vortheil seiner vorgenommenen Handlung, nach Maßgabe dieses ihm gewordenen Vortheiles, zu vergüten, als eine ihm übergebene Sache, die er, sie als sein betrachtend, zu seinen Zwecken verwendete, auszuliefern. Erweitert man aber in diesem Falle den Anspruch bis zur aestimatio, so sind wir bei do ut des gerade auf demselben Punkte, wie bei facio. Dort wie hier bleibt das Geleistete dem Empfänger, und dieser ersetzt dasselbe durch tantundem.

§. 39.

Der Gang unserer Untersuchung hat uns auf die Erörterung geführt: in welcher Weise bei einer condictio, oder bei dem Bereuen eines Factums die Vergütung Statt haben, wie diese beschaffen sein müsse — wovon jetzt Einiges zu sagen ist. Wenn nämlich ein Contrahent, der seine in einem facere bestehende Leistung vollzogen hat, nicht weiter die Erfüllung der andern Seite, nicht die Gegenleistung, sondern das Obligationsverhältniß aufgehoben wissen will; oder wenn derjenige, der in der Voraussetzung eines Obliga-

---

*) Ulpian muß uns oben §. 34. ja selbst Gewährsmann dafür sein, daß diese Naturregel ihre volle Richtigkeit habe.

tionsnexus eine Leistung vornahm, deren Revocation die Gesetze ihm zubilligen — so läßt sich ein zweifacher Weg denken, auf welchem ihr alsdann die Vergütung dessen, was er prästirte, verschafft werde, — in den seltensten Fällen möchte er Verzicht auf dieselbe leisten wollen.

Hier macht sich freilich die Regel: factum infectum fieri nequit in vollem Umfange geltend, und darum ist es auch gerade hier, wo es sich besonders zeigt, daß dieselbe beim dare wie beim facere ununterschieden gilt; freilich indeß in einem völlig andern Sinne, als solche anderwärts genommen werden möchte. Der Leister kann nämlich die verwendeten Kräfte sich nicht vindiciren, die gebrauchte Zeit nicht abermals für sich verwenden; den dem Andern gestatteten Genuß nicht sich zum eignen Vortheil kehren; aber gleichso kann er bei der datio die hierbei aufgewendete Mühe nicht aufheben; nicht fordern, daß der Empfänger die Sache gar nicht gehabt habe, kurz: Geschehenes nicht ungeschehen machen. Er kann hier wie dort also nur fordern, daß der Empfänger die mit dem Werthe der Sache, mit deren Früchten und Erzeugnissen gehabten Vortheile wiederum an ihn abtrete, zurück auf ihn übertrage.

Bei dem eigentlichen facere, das nicht zugleich ein tradere in sich faßt, könnte nun die Vergütung in der Art geschehen, daß der Empfänger ein gleiches facere gegen und zum Vortheil des Gebers vornehme, daß er eine gleiche Summe von Kräften aufwende, wie sie für ihn verwendet ward, oder daß er einen dem frühern ganz ähnlichen Erfolg zu Gunsten des Leisters erwirke. Diese Methode wird aber theils selten oder niemals auszuführen sein, theils ebensowenig eine vollständige oder gleiche Gegenprästation bewirken, weil selbst im beßten Falle die Individualität der Kräfte, der Zeit, der Umstände auf beiden Seiten jedesmal ein verschiedenes Resultat erzeugen müssen. Dies, wenn

es noch eines Belegs durch ein Pandectenfragment bedürfen kann, erkennen auch die römischen Juristen an.

Auf der andern Seite könnte diese Vergütung aber auch in einem allgemein giltigen Mittel, in Geld, geleistet werden, und dies wird nach Obigem denn die allein mögliche Auskunft bleiben. Dieselbe muß sich als eine vollkommen genügende ergeben, denn nach dem Begriff des Geldes, als gemeingiltigen Werthmaßes, repräsentirt sie vollständig den Gegenstand der Leistung.

Ulpianus Lib. 26. ad Ed.

fr. 26. §. 12. D. de cond. ind. (12. 6.)

Sed si operas Patrono exhibuit, non officiales, sed fabriles, veluti pictorias, vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. Et Celsus Lib. VI. Digestorum putat, eam esse causam operarum, ut *non sint eaedem, neque ejusdem hominis, neque eidem exhibentur.* Nam plerumque *robur hominis,* aetas *temporis, opportunitasque naturalis* mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. Sed hae, inquit, operae *recipiunt aestimationem;* et interdum *licet aliud praestemus, aliud condicimus.* — — —

Paulus Lib. 17. ad Plautium

fr. 65. §. 7. D. de cand. ind. (12. 6.)

Sic *habitatione* data, *pecuniam* condicam.

§. 40.

Sind wir nun dahin gekommen, zu wissen, daß die Vergütung eines geleisteten facere in Geld gegeben werden muß, somit über die Qualität der Prästation im Reinen, so drängt sich wieder eine weitere Frage vor: in welcher Quantität nämlich dieselbe zu geben sein wird.

Die Größe der Vergütung muß die der Leistung, d. h.

jene dieser angemessen sein — das ist freilich die erste und richtige Antwort. Allein dieselbe ist zu allgemein, indem sich auf diese Weise ein zwiefacher Werth auffinden läßt, je nachdem man auf den Geber oder auf den Empfänger sieht. Es kann nämlich die Leistung für den Empfänger einen andern Werth gehabt haben als für den Geber; der Vortheil, der diesem entgieng, konnte anders sein als jener, den der Empfänger erhielt, weil derselbe sich nach den individuellen, darum verschiedenen Verhältnissen, individuell, also verschieden modificirt. Je nachdem man nun auf den Empfänger, oder den Geber reflectirt, können die Vergütungen der Leistung anpassen und doch in dem einen und andern Falle sehr verschieden sein.

Eine richtige Würdigung der Verhältnisse und ein richtiger juristischer Gesichtspunkt wird indessen bald auf den unfehlbar richtigen Weg führen. Es ist nämlich, wie oben genugsam angedeutet, gerade darum gestattet, die Leistung zurückzufordern, weil der Empfänger solche ohne Grund, d. h. widerrechtlich, in seiner Rechtssphäre hat. Darum aber ist klar, daß er nur dasjenige zu prästiren haben kann, was und inwieweit er es ohne Recht hat. Er hat nun dasjenige ohne Recht, was er durch die Leistung wirklich, als lediglich durch sie, erlangte, und was insofern deren Vortheil heißt, mithin hat er auch nur dies, d. i. seine eigne Bereicherung, zu prästiren.

Wollte man umgekehrt den Vortheil, der dem Geber entgieng, als Maßstab des Ersatzes nehmen, so würde dies zum Unrecht führen. Denn da möglicherweise die Quantität dessen, was der Geber entbehrte, anders und höher sein könnte als die Größe des Vortheiles, der dem Empfänger ward, so würde man den letztern, falls er die erstere Qualität ersetzen sollte, damit nöthigen, einen Theil dessen abzutreten, was er durch die Leistung nicht erlangte, was er

in dieser Rücksicht also optimo jure besitzt. Damit würde man mithin ohne Recht in seine Rechtssphäre eingreifen — also unrecht thun.

Hiermit hätten wir denn das Princip gefunden: daß die Vergütung des facere jedesmal nach Maßgabe des Vortheiles des Accipienten zu leisten sei. Für die allgemeine Richtigkeit zeugt außer denen, aus dieser Deduction sich ergebenden, wohl allgemein giltigen Regeln, nun auch wieder der Umstand, daß auch die Römer mit ihrer gesunden Ansicht ein gleiches auffanden und beibehielten.

Citt. fr. 65. fr. 26. §. 12. D. de cond. ind. (12. 6.)

Sic habitatione data, pecuniam condicam, non quidem quanti locari potui, *sed quanti tu conducturus fuisses.* Sic in proposito — cum operas patrono exhibuerit libertus — condici posse: *quanti operas essem conducturus* *).

§. 41.

Bisher haben wir eigentlich nur nachzuweisen versucht, daß die Reue bei einem facere nicht wegfallen könne und

---

*) Im ersten Augenblicke möchte die Bestimmung des **fr. 5. §. ult. D. de praescr. verb. (19. 5.)** diesem entgegenzustehen scheinen, denn hier wird die Vergütung darein gesetzt: **quanti interesset facientis:**

Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quaestione idem dici potest, et necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere, quam manumisi.

Allein man darf nicht übersehen, daß vorliegend, wie oben näher nachgewiesen ist, nicht von einer Zurückforderung **ex capite poenitentiae**, überhaupt nicht von Revocation eines facere die Rede ist; daß vielmehr hier der Mitcontrahent des Leisters keinen Vortheil gehabt hatte und nur **ex dolo** seine Gegenleistung unterließ, mithin seine Obliegenheit auf Schadensersatz und namentlich Schadensersatz **propter dolum** gieng, die natürlich nur auf das Entbehrniß des Beschädigten gegründet und nur danach bemessen werden konnte.

dürfe, um somit auf den Satz zu führen, daß sie Statt finden müsse. Natürlich würde es, strenge genommen, hiermit genug sein. Denn wir übernehmen diese Nachweise nur, weil das Wegfallen, andererseits behauptet, als eine Ausnahme von der Regel gesetzt ward. Wir hoben diese Negation auf und erhielten in der Negation der Negation den positiven Satz: daß die Reue Statt haben müsse. Daß dies sei, ward also jetzt nur noch indirect, und zwar mit der Behauptung bewiesen, daß sie nicht, wie jenseits vorgeschützt war, aufgehoben sei.

Nun können wir aber jenen Satz auch direct belegen, d. h. nachweisen, daß beim facere eine Reue gestattet ward — und es soll dies der Vollständigkeit wegen nicht unterlassen werden.

Oben ward behauptet *), daß Paulus in fr. 5. §. 3. 4. D. de praescr. verb. nur darum die Klage bei facio abspreche, weil in dem concreten Falle lediglich von dem Interesse die Rede sei, mit seinem Ausspruche mithin nicht überhaupt bei facio eine Klage geleugnet, nicht eine jede Klage bei jedem facere versagt sein solle. Diese Behauptung wollen wir hier zuerst näher rechtfertigen.

Ulpianus Lib. 26. ad Ed.

fr. 3. §. 4. D. de cand. c. d. c. n. s. (12. 4.)

Quinimo et si nihil tibi dedi, ut tu manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex contractu nascitur, id est condictionem, defuncto quoque eo.

Hier war convenirt, daß der Eine etwas geben, der Andere manumittiren solle. Diese conventio war natürlich nuda, so lange nicht mit der Erfüllung vorgeschritten war. Geschah nun die manumissio vor dem dare, so war

*) §. 35.

der Fall feci ut dares; geschah es umgekehrt, so dedi ut facias. Vorliegend fragt es sich nun von der Klage dessen, der nicht ein dare versprochen, also dessen, der ein facere, und diese Klage soll, wie der Jurist sagt, durchaus begründet sein, und zwar *ex contractu*. Hieraus ergiebt sich nun die nothwendige und unumgängliche Voraussetzung, daß dessen, der eine Klage haben sollte, des facientis, Leistung, d. i. das manumittere, bereits erfolgt war — denn wäre dies nicht gewesen, so könnte auch von einem *contractus* und dessen Folgen, der actio et obligatio, überall nicht die Rede sein. Gerade also, weil davon die Rede ist, weil diese beide anerkannt werden, darum muß man auch annehmen, daß die manumissio bereits erfolgt war: es würde anders die Stelle mit den bekanntesten Regeln im Widerspruch stehen, dem Grundsatze namentlich, daß eine conventio nuda gar keine obligatio et actio erzeuge.

Ein Fall, wo derjenige, qui fecit ut detur, eine Klage hat, nach den Aussprüchen der Römer hat, wäre also aufgefunden. Wenn der Jurist hinzufügt: defuncto quoque eo, so kann dies gar keine Schwierigkeit machen, weil dies nur so zu verstehen ist, daß der Manumittirte nach der manumissio gestorben sei *).

§. 42.

Zeigten wir im vorigen §. an einem Falle facio ut

*) Wollte man etwa annehmen, daß darum auch vor der manumissio hier eine Klage zugestanden worden, weil der Tod eingetreten, so wäre dies grundverkehrt, denn es wird nicht nur ausdrücklich bemerkt, daß eine Klage *ex contractu* bestehe, was doch nur nach geschehener Leistung möglich war, weil erst alsdann die conventio nicht mehr eine nuda, sondern zum contractus geworden ist; sondern auch im §. 3. der Stelle findet eine solche Annahme ihre wörtliche Widerlegung, indem dort der Tod des Gegenstandes für etwas ganz Bedeutungsloses angesehen und erklärt ist.

des, daß dem Leister des facere eine Klage dabei zustehe, so mag es nunmehr auch versucht sein, dies vorliegend an einem Falle: facio ut facias, zu thun, damit um so weniger Grund zu Zweifeln übrig bleiben möge *).

Ulpianus Lib. 39 ad Ed.

fr. 4. D. de cand. c. d. c. n. s. (12. 4.)

Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici, condici posse ei, qui accepto sit liberatus.

Es hatte sich Jemand zu einer Acceptilation verstanden, unter der Bedingung, daß ihm für die somit getilgte Schuld ein expromissor gegeben werde. Demselben, dem Gläubiger, soll nun, weil jenes Versprechen nicht erfüllt worden, eine condictio zustehen. Hier ist jenes: ut expromissorem daret, natürlich kein eigentliches dare, sondern ein praestare, mithin ein facere. Gleichso war auch das acceptum ferre ein facere und mithin der Vertrag einer mit der Formel facio ut facias.

Da nun durch die Acceptilation die alte obligatio erloschen war, so bestand natürlich nur die neue des Vertrags: acceptum tuli, ut expromissor daretur. Diese aber bestand als obligatio civilis, weil die conventio durch die eine Leistung, die Acceptilation, zu einem Realvertrag umgewandelt worden war. — Dem praestans aber ward auf Erfüllung eine Klage gestattet **).

§. 43.

Daß eine Klage auch bei dem facio und feci nicht fehlte, wäre somit direct und positiv dargethan. Aber nicht

---

*) Damit wird auch gleichzeitig die Deduction Reichhelms: daß die Römer nur zwei Innominatcontracts-Formeln gekannt hätten, ihre Erledigung gefunden haben.

**) Cf. fr. 10. D. ib. (12. 4.)

nur, daß überhaupt eine Klage Statt gefunden, sondern besonders auch, daß es eine solche der Reue wegen gegeben, dies direct und positiv nachzuweisen, war unsere Aufgabe.

Ulpianus Lib. 2. Disputationum

fr. 5. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.)

Si servum quis tradiderit alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur; si poenituerit eum, qui tradiderit, et super hoc eum certioraverit, et fuerit manumissus, post poenitentiam: attamen actio propter poenitentiam competit ei qui dedit.

Hier war die frühere Leistung des Reuenden keineswegs ein eigentliches *dare*, sondern ein *tradere* servum, mithin ein facere. Dieselbe hatte zum Zweck, daß der Empfänger den servus manumittire, also ebenfalls ein facere vornehmen solle. Ulpian giebt nun dem Leister eine Klage der simpeln Reue wegen, gleichviel, ob der Sclave bereits manumittirt sei oder nicht. Es wird nichts vorausgesetzt, oder keine Modification tritt ein, außer daß die Reue noch vor der manumissio dem Empfänger bekannt gemacht worden sei — was sich von selbst versteht, denn mit der manumissio war der Vertrag gegentheils erfüllt, es konnte mithin demnach von einer Reue keine Rede mehr sein. Hatte aber die Benachrichtigung über die Reue zeitig genug Statt gefunden, so war die Klage einmal begründet und die spätere manumissio änderte nichts. Freilich aber konnte diesemnach die Klage nur auf die aestimatio gerichtet werden, weil es nicht angieng, die libertas, welche der Manumittirte einmal erlangt hatte, aufzuheben.

Aus dieser Stelle resultirt nun wohl zweifellos, daß die Reue auch bei einem facere gestattet war, und damit wäre unsere Aufgabe, so dürfen wir hoffen, vollständig gelöset.

Indeß resultirt auch noch ein Satz dorther, den wir als Beleg einer frühern Behauptung von uns doch nicht unberührt lassen wollen. Es ist nämlich der: daß eine Reue auch dann geltend gemacht werden kann, wenn die redditio nicht mehr möglich ist; daß dann anstatt dieser die aestimatio gefordert werden kann. Da hier die actio propter poenitentiam auch noch nach der manumissio zugestanden wird, mit der manumissio aber die Erlangung der Freiheit unwiderruflich verbunden war, so ist klar, daß der Zweck der Klage nicht mehr die redditio, also nur noch die aestimatio sein konnte *).

§. 44.

Es sei nunmehr erlaubt, die versuchte Deduction: daß auch bei facere die Reue Statt hatte, als hiermit geschlossen anzusehen, um uns jetzt dazu zu wenden, nachzusehen, ob die zweite der prädicirten Limitationen nicht besser begründet sei, als wir es von der erstern dafür halten zu können glaubten. Jene zweite war die: daß die Reue alsdann wegfalle, wenn der Gegenstand des Innominatvertrags ein

*) Ueber den, man möchte sagen, intensiven Gehalt des **jus poenitendi**; und daß dasselbe nicht auf so schwachen Füßen stand, als man glauben machen möchte; daß es vielmehr einen in der That bedeutenden Umfang hatte — darüber giebt obige Stelle den genügenden Aufschluß. Es ist nicht zu verkennen, daß der zur **manumissio** übergebene Sclave dem **statu liber** gleichstand: **fr. 1. pr. D. de statu lib. (40. 7.)** d. i. nämlich ein solcher Sclave, bei dem die Freiheit nur von einem gewissen Zeitablauf oder einem sonstigen Umstande abhieng, hiermit aber sofort eintrat. **fr. 23. D. de man. test. (40. 4.) — C. 12. C. eod. (7. 13.) — fr. 1. 2. D. qui sine manumiss. ad lib. perv. (40. 7.) — C. 4. C. si manumiss. ita fuerit (7. 2.). — fr. 3. — utt. D. de serv. export. (18. 7.)**

Nun soll aber doch die bloße **poenitentia** nach obiger Stelle dies Alles verhüten können, denn dies geschah offenbar, wenn im obigen Falle der Sclave noch nicht manumittirt war.

Vergleich gewesen. Es scheint nun, als ob auch die Existenz dieser Limitation weder an sich, noch nach den Aussprüchen des Römischen Rechtes anzunehmen, oder gehörig belegt sei, und wir können nicht anders, als unsern Unglauben zu bekennen und demgemäß die Widerlegung der Behauptung zu versuchen. Auch hier dürfen wir uns auf die Gründe Thibauts *) beschränken, und es darf überhaupt hier in dieser Rücksicht gelten, was oben darüber angemerkt ward. S. §. 34.

Thibaut gründet seinen Ausspruch, daß es bei dem Vergleich kein Neuerecht gegeben, zunächst auf politische Rücksichten. So problematisch solche Gründe nun aber immerhin sind, und so gewiß es fast keinen geben möchte, dem man nicht andere gleich scheinbare entgegensetzen könnte, ebenso gewiß dürfte es auch sein, daß dieselben auch nur für den Gesetzgeber Werth haben können, nur diesen bestimmen sollen. Der Jurist, als Interpret dessen, was der Gesetzgeber will, hat damit überhaupt nichts zu schaffen, es sei denn, daß er ausdrücklich auf solche Motive als Erklärungsgründe verwiesen wäre, oder aber, daß dieselben ebenso gewiß zum Verständniß des Gesetzes beitragen könnten, als sie sich mit Sicherheit erkennen ließen. Beides finden wir vorliegend aber nicht.

Wir dürfen uns also enthalten, diese Gründe, die überdies nicht aufgeführt sind — obwohl sie, die gemeinten, nicht schwer zu erkennen, und ohne Zweifel aus dem Widerwillen gegen gerichtlichen Hader herzuleiten sein möchten — einer Prüfung zu unterwerfen, und uns auf dasjenige beschränken, was direct in unsern Gesetzen für die Annahme enthalten sein soll. Da wird nun allegirt:

Paulus Lib. 17. ad Plautium

fr. 65. §. 1. D. de cand. ind. (12. 6.)

Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res

*) System §. 165. p. §. 923. Z.

nulla media fuerit, non repetitur, nam si lis fuit, hoc ipsum, ut a lite discedatur, causa videtur esse. Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

Paulus erklärt im Eingange dieses Fragments, daß er von der repetitio überhaupt reden wolle, und declarirt gleichzeitig die propter indebitum nur für eine species derselben. Allein an seinen Beispielen sieht man, daß er dennoch von nichts als der condictio indebiti zu reden im Sinne hat, die dann hier wie überall in den meisten Fällen mit der condictio sine causa zusammenfällt. Dies lehrt auch unser vorstehendes Beispiel. Indem der Vergleich eine Forderung und also ein debitum zur Voraussetzung hatte, war er, die in ihm liegende conventio, nur eine Modification des frühern debitum, und damit natürlich der Grund eines andern geänderten, vom frühern verschiedenen debiti. Existirte nun jenes frühere vorausgesetzte debitum nicht, so geschah die im Vergleich liegende Modification sine causa, und die darauf erfolgte datio indebite. Der Empfänger besitzt also hier sowohl indebite als sine causa — oder diese beiden Revocationsgründe fallen ununterscheidbar zusammen. In dem gegebenen Falle glaubte nun der Geber, rem esse mediam. Ungeachtet sich später ergeben mag, daß dies nicht der Fall war, so soll nun dennoch derselbe das Gegebene nicht zurückfordern, d. h. obgleich der Kläger keinen Grund zu klagen hatte, so soll dennoch das für das Fallenlassen der Klage Gegebene nicht zurückgefordert werden können. Als Grund dieser Entscheidung wird angegeben, weil, sobald der Proceß hängig sei, nur gegeben werde: ut a lite discedatur. Die Entscheidung gründet sich auf bekannte Grundsätze, die beim Vergleich eintreten *), und von dem Weg-

*) fr. 19. 23. 29. C. de transactt. (2. 4.) fr. 78. §. 16, D. ad S. C, Tribell. (36. 1.)

fallen der Reue ist dabei überall nicht die Rede, wie der Augenschein ergiebt.

Was aber hier besonders wichtig ist und nicht übersehen werden darf, scheint dennoch ganz außer Acht gelassen zu sein; und gerade dies bewirkt es, daß die Stelle gar nichts von dem, was sie soll, beweisen kann. Das aber ist, daß der vorliegende Ausspruch einen Fall betrifft, wo beide Theile ihre conventionellen Obliegenheiten bereits vollständig erfüllt haben, also überhaupt von einem Obligationsnexus, somit auch von einer damit jedesmal bedingten Reue keine Rede sein kann. Der Vergleich war ja geschlossen worden, nachdem der Proceß bereits begonnen hatte, der Endzweck und des Gebers Absicht war demnach ja nur: **ut a lite discedatur**, dies hatte er sich bedungen, und nur hierin bestand die Obliegenheit des Empfängers. Indem nun der letztere wirklich den Proceß fallen ließ, so erfüllte er ja seine Prästation vollständig, die nur darin bestand: nicht zu litigiren — es war ein Fall **do ne facias**, oder **non facio ut des**. So oft aber **beiderseits** erfüllt ist, hört alle Reue auf und existirt gar keine **obligatio** mehr. Daher ist auch in dieser Stelle gar nichts enthalten, was im geringsten für uns anstößig und unserer Behauptung entgegen wäre.

Aber auch, sagt der Jurist, die **repetitio propter indebitum** soll wegfallen, weil der **casus erroris** dazu sich nicht eignet; — gleichso die **propter deficientem causam**, weil wirklich eine **causa** existire, nämlich die: **ut a lite discedatur — a lite discessum.** Nicht sowohl die dem Proceß wirklich oder angeblich zum Grund liegende Forderung, als vielmehr das **ut lis tollatur** erscheint als die **causa datio**nis, wie Paulus dies unverkennbar sagt. Daher soll auch, wenn sich ein Betrug — **calumnia evidens** — ergiebt, oder der Vergleich noch nicht perfect, d. i. noch nicht vollzogen, noch nicht erfüllt ist, **si non a lite discessum est**, oder der

Empfänger zu ligitiren fortfährt, die Zurückforderung allerdings Statt haben.

Die Schlußworte der Stelle sind wieder allgemein und beziehen sich nicht lediglich auf die condictio indebiti, wie dies sich aus ihnen selbst hinlänglich ergiebt.

§. 45.

Eine weiter angeführte Stelle ist folgende:

Impp. Diocletianus et Maxim. AA. et CC. Martiae
C. 29. C. de transactt. (2. 4.)

Sub praetextu specierum post repertarum, generali transactione finita, rescindi prohibent jura. Error autem circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constitutae, nihil potest nocere.

Es liegt wohl zu Tage, daß auch hier von keinem jus poenitendi die Rede ist. Da wird bloß gesagt, ein genereller Vergleich (der etwa, wie man heut zu Tage sagt, alle Forderungen und Gegenforderungen betrifft) solle nicht wegen vergeblich später entdeckter einzeler, die Sache anders darstellender Punkte und Umstände aufgehoben werden können. Auch hier war der Vergleich bereits vollzogen und erfüllt: generali transactione *finita*. Aber auch der Irrthum über eine Sache, woran man gar nicht dachte — species post repertae — die also offenbar nicht Gegenstand des Vergleichs gewesen, soll dennoch nicht als solcher angesehen werden.

Worauf man aber besonderes Gewicht zu legen scheint, ist folgende Verordnung:

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Marcello.
Crest. 17. C. ibid.

Cum proponas, ab eo, contra quem supplicas, litem, quam tecum habuit, transactione decisam, eamque

acceptis his, quae negotii dirimendi causa placuerat dari, nunc de conventione restituisse, ac petas, vel pacto stare, vel data restitui: perspicis, si quidem de his reddendis manente transactionis placito, statim stipulatione, si contra fecerit, prospexisti, et viginti quinque annis majus fuerit, quod exceptionem pacti, et actionem datorum habeas. Quod si nihil tale convenit, exceptio tibi, non etiam eorum, quae dedisti, repetitio competit, pacta securitate.

Auch hier war etwas gegeben worden, um einen Rechtsſtreit zu ſchlichten — negotii dirimendi causa. Nun führt der Anfrager an: der Empfänger wolle von der diesfälligen conventio abweichen — de conventione restituisse — und wünſcht, daß der Empfänger die conventio halten, oder das Empfangene zurückgeben ſolle. Die Käufer geſtehn ihm aber kein Zurückforderungsrecht in Rückſicht des Gegebenen, ſondern nur eine Einrede zu, erwähnen indeß beiläufig, daß er auch hierauf eine Klage — eine actio datorum haben werde, ſobald er dieſerhalb mit einer stipulatio ſich vorgeſehen hätte.

Zunächſt iſt es hierbei wieder klar, daß nicht von der Reue in dem Reſcript die Rede iſt; denn gerade umgekehrt iſt der Anfrager in Verlegenheit, weil ſein Gegner zurücktreten will; derſelbe hat mithin an ſeinen Rücktritt nicht gedacht. Dabei darf nun weiter auch nicht überſehen werden, daß der erwähnte Vergleich nicht bloß abgeſchloſſen, convenirt, ſondern bereits erfüllt war, erfüllt dadurch, daß der Empfänger ſeine gemachten Anſprüche ruhen laſſen, den Proceß nicht fortgeſetzt hat. Dies liegt ſchon klärlich in dem Worte *nunc*. In der erwähnten decisio per transactionem lag es, daß das Fallenlaſſen der Anſprüche bereits erfolgt, mithin die conventio erfüllt war; *nunc* aber, alſo ſpäterhin, neuerlich, gieng der Empfänger von der conven-

tio ab — dies hat doch gewiß keinen andern Sinn, als er formirt nunmehr wieder Ansprüche, von denen der Geber glaubt, sie seien durch die transactio aufgehoben. Dies ist nun aber seitens des Empfängers (eigentlich waren beide dies, weil beiden die Leistung gemacht war, und es ist darum der resiliens gemeint) nichts anderes als ein Angriff auf die durch den Vergleich fixirte Rechtssphäre, insofern also ein neuer Anspruch. Eine früherhin einmal bestandene obligatio aber — eigentlich war hier keine mehr, als die allgemeine negative: ne laedas, vorhanden, und ein Aufruf des vordem gewesenen Obligationsnexus ist somit genau genommen unmöglich — aus dem Grunde aufheben wollen, weil jemand einen Anspruch an mich formirt, das kann aber immer zulässig sein (und doch wollte der Anfrager dies lediglich); denn jenes Aufrufen der obligatio wäre eine Rechtsverletzung, ein Angriff, und ein Angriff kann durch den andern nicht gerechtfertigt erscheinen. Ebendarum kann auch nur eine exceptio Statt finden, wenn derjenige, den wir Empfänger nennen wollen, aufs Neue klagen, den aufgegebenen Anspruch erneuern sollte, wie dies die Kaiser, dem Anfrager ganz richtig, so scheint's, bedeuten.

Um ganz verständlich mit unserer Ansicht zu werden, sei ein Beispiel zugefügt. Damit ein Zweifel über das ungewisse Recht an einer gewissen Sache, zwischen mir und dem A. geschlichtet werde, kaufe ich ihm diese letztere förmlich ab; so daß dieselbe unbestritten mein Eigenthum wird. Späterhin will der A. diese Sache dennoch vindiciren. Dies unrechtliche Beginnen kann nun aber mich niemals berechtigen, den Kauf aufzuheben und den in dessen Gefolge gezahlten Preis zurück zu fordern — de conventione restituisse; — sondern im Falle der wirklich erhobenen Klage würde mir nur eine exceptio rei venditae et traditae zustehen. Unser obiger, von den Kaisern entschiedener Fall ist im

Wesen im geringsten nicht anders. Dort wie hier ward negotii dirimendi causa gegeben; dort wie hier wurden die (angeblichen oder wirklichen) einmal aufgegebenen Ansprüche erneuert; dort wie hier kann dies niemals zur Revocation des Gegebenen berechtigen; dort aber, wie auch hier, hat der Geber eine ihn vor Angriffen schützende exceptio.

Anders verstanden würde es nun auch gar keinen Sinn haben, was die Kaiser rescribiren: daß nämlich der Anfrager ohne stipulatio gar keine Klage habe für den Fall des resilire, denn es würde anders und mehr allgemein dies verstanden eine offenbare Unrichtigkeit sein, hier eine jede Klage abzusprechen; es würde im Widerspruch mit den bekanntesten Principien stehen, eben weil damit ja auch die Klage auf Erfüllung u. s. w. geleugnet wäre. Will man also die Kaiser nicht mit den Grundregeln unseres Systems sich im Widerspruch denken, so muß vorausgesetzt werden, daß beiderseits erfüllt gewesen; das dare einerseits nicht nur, sondern das a lite discedere andererseits ebenfalls geschehen war. Es war nunmehr ohne eine stipulatio poenae für den Fall: si contra fecerit, d. i. vorliegend die stipulatio: de reddendis his quae data sunt, manente transactionis placito — für den Fall eines erneuerten Angriffes — ein erneuerter ist immer ein neuer, also anderer — gar keine Klage vorhanden, weil eine obligatio gar nicht mehr bestand. — Für die anderseitige Behauptung über die Wirkungen des Vergleichs in Bezug auf unser Neuerecht dürfte demnach auch hier nichts folgen.

§. 46.

Dem bisher betrachteten Citate für die von uns angefochtene Meinung wird mitunter *) noch eins zugefügt, das

*) Z. B. *Lauterbach* Coll. XII, 4. S. 715. — *Huber* prael. ad Pand. II, 15, 2.

wir nicht unerwähnt lassen mögen, obgleich wir dasselbe unter die minder wichtigen zählen.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Martianae fr. 39. C. ib. (2. 4.)

Quamvis eum, qui pactus est, statim poeniteat, transactio rescindi et lis instaurari non potest; et qui tibi suasit, intra certum tempus licere a transactione recedere, falsum adseveravit.

Gleichwie die andere, so möchte ebenfalls diese Stelle nichts beweisen können. Der Fall ist offenbar dieser. Jemand hatte sich bereden lassen, einen Vergleich könne man innerhalb eines gewissen Zeitraumes widerrufen, und, so scheint es, dieserhalb wohl denselben eingegangen. Der Vergleich gereut ihn, und nun will er darüber belehrt sein, ob er nicht vom Vergleiche abgehen und den Proceß fortsetzen dürfe, was denn die Kaiser mit Recht verneinen. Allein sicherlich war auch der Vergleich erfüllt, die conventio vollzogen; derjenige, welcher von dem Proceß abstand, hatte die ihm versprochene Leistung empfangen. Er war jener, der den Proceß erhoben oder gedroht hatte; da er beredet worden war, den Vergleich einzugehen, so ist von selbst klar, daß nicht er, sondern die andere Seite denselben Vergleich in Vorschlag gebracht hatte, und die von dorther versprochene praestatio also auch zuerst erfüllt worden war. Vorliegend war demnach von einer obligatio nicht mehr die Rede, es gab sonach kein Recht zur Reue mehr, und daher haben die Kaiser sehr recht, daß sie sagen: quamvis statim — impleta transactione — poeniteat, transactio rescindi non potest.

Wollte man aber auch nicht diese, vielleicht wohl ziemlich natürliche Erklärung der Stelle gelten lassen, so bleibt es jedenfalls unentschieden, ob nicht erfüllt gewesen. Die Möglichkeit, daß nicht erfüllt gewesen, ist nicht größer als

jene, daß erfüllt worden, und ohne Befangenheit kann man nicht behaupten wollen, daß es anders sei. Uebrigens ist dabei der wichtige Umstand nicht zu übersehen, daß sich aus besagter Stelle ergiebt, daß der Gegner des Revocirenden seinerseits erfüllt hatte, in welchem Falle niemals von einer Reue mehr die Rede sein kann.

Da es laut unseren Nachweisungen überhaupt aber Regel ist, daß bei einem jeden Innominatvertrag, vorausgesetzt die sonstigen Requisite, ein Reuerecht geltend gemacht werden konnte; da ferner überall kein Grund, weder in der Natur der Verhältnisse, noch in irgend einem gesetzlichen Ausspruche existirt, warum es beim Vergleiche nicht solle zur Anwendung gebracht werden dürfen, so dürfte es doch passender sein, auch jene Stelle, an sich jedenfalls bedeutungslos, mit der Regel in Uebereinstimmung zu setzen, dadurch, daß man annimmt, es sei darin von einem Falle die Rede, in welchem die Erfüllung beiderseits schon erfolgt war.

§. 47.

Nach diesen Ausführungen möchte nun wohl in unsern Gesetzen kein Grund vorhanden sein, das Reuerecht beim Vergleich auf irgend eine Weise auszuschließen, oder zu beschränken.

Alles, was oben in Bezug auf die gegenseits aufgestellte Behauptung, in Rücksicht des Wegfallens des Reuerechtes, bei einem facere angemerkt worden, gilt jetzt auch hier, daß nämlich mit dem Nachweise ausgereicht sein muß: es sei die vorgegebene Beschränkung unerwiesen; denn daraus geht von selbst der Satz hervor, daß somit dieselbe wegfallen müsse. Das Reuerecht macht ja bei den Innominatverträgen die Regel, und diese Regel fordert überall ihr Gelten, wo die Ausnahme nicht gehörig begründet, also gar nicht ist.

Dennoch aber dürfen wir auch hier uns über jene Negation hinaus wagen und die Behauptung aufstellen, daß der Vergleich in dieser Rücksicht unter denselben Regeln stehe, wie andere Verträge und damit also die Richtigkeit unserer Meinung direct darzuthun versuchen.

Ulpianus Lib. 26. ad Edictum

fr. 1. pr. D. de cand. s. d. c. n. s. (12. 4.)

Si ob rem non inhonestam data sit pecunia, ut filius emanciparetur, vel servus manumitteretur, vel *a lite discedatur*, causa secuta, repetitio cessat.

Da ist gesagt, wenn bei einer causa non inhonesta, causa secuta sei, so solle die Repetition wegfallen, wie unter andern z. B. beim Vergleich. Das Argument des Ausspruches liegt hier also in dem Umstande, daß causa secuta sei. Mit dem Vorhandensein eines solchen Umstandes fällt also auch dessen Folge, die *cessio* repetitionis, fort, und so ergiebt sich schon ex argumento a contrario, daß beim Vergleich oder dem Vertrage: ut a lite discedatur, so lange eine Zurückforderung zulässig ist, als noch causa non sit secuta.

Ist hier nun direct und zunächst von einem Neuerecht nicht die Rede, so ist wenigstens soviel gewiß und nachgewiesen, daß der Vergleich in Rücksicht irgend einer Art von repetitio keineswegs nach andern Regeln zu beurtheilen sei, wie irgend ein anderer Vertrag. Dies wird nun auch noch in Folgendem bestätigt:

Ulpianus Lib. 43. ad Sabinum.

fr. 23. D. de cond. ind. (12. 6.)

Eleganter Pomponius quaerit: si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo, cui heres est, vel ab eo qui procurator est, et quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni? Et ait repeti posse, ex falsa enim causa datum est.

§. 3. Sed si post litem contestatam transactum est, nihilominus poterit exceptione doli uti post secuti. Dolo enim facit, qui contra transactionem expertus, amplius petit: et ideo condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. Sane quidem ob causam dedit, neque repeti solet, quod ob causam datum est, causa secuta; sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur. Cum igitur repetitio oritur, transactionis exceptio locum non habet, neque enim utrumque debet locum habere et repetitio et exceptio.

Hier und in dem ganzen Ueberreſt der Stelle iſt es mehrfach ausgeſprochen, daß der Vergleich, was die verſchiedenerlei Arten der möglichen Zurückforderung angeht, gar nicht anders als unter die Kategorie der dieſerhalb beſtehenden allgemeinen Rechtsregeln falle.

Auch läßt ſich zu einer Ausnahme in dieſer Rückſicht durchaus kein Grund auffinden, da die meiſten Singularitäten, die beim Vergleich eintreten ſollen und mitunter auch nach den Geſetzen wirklich eintreten — nur in andern Beziehungen, als auf das Rückforderungsrecht — auf der eigenthümlichen Natur des Vergleichs beruhen, welche Individualität lediglich darin ſich gründet, daß dabei zweifelhafte Rechte aufgegeben werden, d. i. auf ſeinen Inhalt ſich beziehen; die alſo eintreten müſſen, weil er ein Vergleich iſt *).

§. 48.

Wir ſind nun ſo weit in unſern Nachweiſungen gekommen, daß wir annehmen dürfen: das „Neuerecht habe bei „allen Realverträgen, die man innominati nennt, Statt ge-

*) Das will denn ungefähr ſoviel ſagen, als: die eigenthümliche Natur des Kaufs beſteht darin, daß etwas gekauft wird und die diesfälligen Regeln können daher nicht dort gelten, wo etwas gemiethet worden, und umgekehrt.

„funden, ohne einen weitern Unterschied, ob dieselben mit „einem facere oder dare begonnen und ebenso ohne Unter„schied, was der Gegenstand und Inhalt derselben gewesen „sein möge, ob etwa ein Vergleich oder eine sonstige Prä„station.“ Indeß bleibt noch so Manches hierbei zu erörtern, daß wir den Kreis unserer Nachweisungen und Erörterungen noch keineswegs schließen dürfen. Theils eine hässige Scheu vor dem juristischen Ungeheuer „Reuerecht“, das selten Jemanden so freundlich erschienen zu sein sich vielleicht zu rühmen hat, als sich sein Bild uns aufgedrängt — es kann durchaus nicht verkannt werden, daß dasselbe immer sich einer unfreundlichen Behandlung hat unterwerfen müssen; — theils aber auch die Voraussetzung, daß solches jedenfalls heuer alle Bedeutung verloren habe, als veraltetes unbrauchbares Möbelstück in die heutige Rechtswirthschaft gar nicht mehr gehöre — diese Umstände sind in der That der Grund, warum man das jus poenitendi selten würdigte, ex professo Untersuchungen darüber anzustellen, und es somit ins Klare zu erheben. Daher möchte es nun wohl auch rühren, daß Manches in dieser Rücksicht entweder gänzlich unerörtert geblieben, oder oberflächlich behandelt, oder mindestens in sehr zweifelhafter und unvollkommener Gestalt an uns überliefert ward.

Um aber unsern Gegenstand, soviel thunlich und an uns ist, zu erschöpfen, müssen wir über die Art und Weise der Ausübung des Reuerechtes, über die dabei sich ergebenden möglichen Erscheinungen und Verhältnisse, die durch Umstände modificirt und abgeändert werden können, das Nöthige zufügen.

§. 49.

Man kann sich zwei Gründe denken, warum man eine einmal gemachte Leistung zurückzuerhalten wünscht; oder,

wenn dies uneigentlich gesprochen erscheinen sollte, warum man seine Willensmeinung auch dann noch ändert, nachdem deren Erfüllung, deren Vollstreckung bereits erfolgte; nachdem der Wille sich selbst bis zur wirklichen praestatio erweitert und ausgedehnt. Beiderlei Gründe sind im römischen Rechte anerkannt. Natürlich können hier nur zwei ganz generelle Gründe gemeint sein; nicht aber ist die Rede von den mancherlei speciellen Revocationsgründen, die nur einzelne Rechtsverhältnisse, specielle Fälle betreffen und darum gleich diesen selbst singulär sind.

Auch thut es der Sache überall keinen Eintrag, daß jene generellen Gründe bei bestimmt bezeichneten und in ihren Gränzen genau fixirten Rechtsverhältnissen, die ebendarum peculiär sind, durch positive Anordnung hinwieder gehindert werden, sich geltend zu machen. Ihre diesfällige Nichtanwendung beruht dann auf Ausnahmen, die der Regel keinen Eintrag thun. Um unserm Zweck, der auch in der möglichsten Vollständigkeit liegt, möglichst nahe zu rükken, müssen wir beide jene Gründe nebeneinander aufstellen, und somit in der Eigenthümlichkeit beider wieder die eines jeden einzelnen als Besonderheit erkennen und nachweisen, um hiermit zugleich die eigenthümliche Natur des Neuerechts, das nichts anderes ist, als einen dieser Gründe aufzeigen zu können.

Wenn nun der Empfänger einer Leistung, die in Bezug auf seine zu machende Gegen-Leistung lediglich unternommen ist, diese letztere unterläßt, so ist es dem Geber (hier im weitern Sinne) gestattet, eben wegen der Unterlassung gestattet, das Gegebene zurückzufordern. Dies nennt man revocatio ex capite non implementi, — und das ist der zweite jener Revocationsgründe. Seine allgemeine Natur ist in Folgendem ausgesprochen.

Pomponius Lib. 27. ad Quint. Mucium.

fr. 52. D. de cand. ind. (12. 6.)

Ob rem vero datur, *ut aliquid sequatur*, quo *non sequente repetitio* competit.

Paulus Lib. 17. ad Plautium

fr. 65. §. 4. D. ib.

Quod ob rem datur, ex bono ex aequo *habet repetitionem*, veluti si dem *tibi*, *ut aliquid facias*, *nec feceris*.

Diesem Revocationsgrunde: **ex capite non implementi**, steht mithin gegenüber die bloße Sinnesänderung, die keine andere äußerliche Veranlassung hat als die reine Willkühr (Wahl des Willens); die **mera poenitentia**, von der oben die Rede gewesen. Dieser Grund heißt denn die **repetitio ex capite poenitentiae.**

Es darf schon hier bemerkt werden, daß diese letztere Art der Rückforderung keineswegs subsidiärer Natur ist, nicht etwa nur da eintritt, wo die Erfüllung nicht mehr möglich oder thunlich ist. Vielmehr steht es durchaus in der Willkühr und Wahl des Berechtigten, d. h. desjenigen, der etwas leistete: ob er die versprochene Gegenleistung fordern, oder das Gegebene zurücknehmen, respective Vergütung dafür haben will, in welchem letztern Falle dann, wenn die **redditio** nicht in der vorigen Integrität nicht vollständig und der Leistung gleich geschehen kann, dafür Vergütung, eine **aestimatio**, das **id quod interest**, angesprochen werden mag.

Paulus Lib. 5. quaestionum

fr. 5. D. de praescr. verb. (19. 5.)

§. 1. sin autem rem do, ut rem accipiam, dubium non est, nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed *ut damneris mihi*, *quanti interest mea*, *illud de quo conve-*

niat, accipere, vel *si meum recipere velim, repetatur quod datum est.*

§. 2. Si res (data sit, ut tabulam pingat) nascetur *vel* civilis actio *in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio.*

Ulpianus Lib. 26. ad Edictum.

fr. 3. §. 2. D. de cand. c. d. c. n. sc. (12. 4.) Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, *si non facis, possum condicere* (ut si reddes) aut *si me poeniteat, condicere possum* *).

§. 50.

Wenn nun in Folge einer conventio die eine der darin beabsichtigten Leistungen gemacht ist und die Verwirklichung der Gegenleistung unterbleibt, so kann es hierfür mancherlei Gründe verschiedenen Ursprunges geben. Schon in der Verschiedenheit ihrer Veranlassung liegt es, daß auch jedesmal die Resultate je nach der Verschiedenheit der Gründe, warum die Erfüllung unterbleibt, verschieden und anders seyn müssen. Der Grund einer solchen Nichterfüllung kann nämlich 1) in dem Geber selbst liegen. Alsdann kann derselbe sein: einmal die bezeichnete Reue. Indem wir ein Reuerecht, ein *jus* poenitendi, zugestehen, so ist damit von selbst gegeben, daß dieser Grund den Verpflichteten nicht abhalten könne, die Rückgabe oder Vergütung des Empfangenen zu leisten. Sodann kann aber, außer der Reue, auch beim Geber, in dessen Person oder Umständen, sich etwas ereignen, wodurch die Verwirklichung der Gegenleistung des Empfängers gehindert ist. Für diesen Fall wird es eine Verpflichtung des letztern, das Empfangene zu restituiren, überall nicht geben **).

---

*) Cf. fr. 5. pr. etc. D. ib.

**) Constantinus A. ad Maximum, Praefectum urbi. Const. 15. C. de donat. ante nuptias (5. 3.).

Auf der andern Seite kann 2) die Gegenleistung verhindert werden, durch Ereignisse, die weder dem Geber noch dem Empfänger zu imputiren sind, die also in solcher Rücksicht reiner Zufall bleiben. Für dergleichen Fälle haben wir die allgemeine Regel, daß dabei alle Rückforderung wegfallen soll.

Impp. Dioclet. et Maxim. Cononianae
Const. 10. C. de cand. ob caus. dat. (4. 6.)
Pecuniam a te datam, si hac causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est.

So richtig und unbestritten nun obiger Satz als Regel sein dürfte, so unterliegt er in seiner Anwendung dennoch wieder mancherlei Modificationen, von denen nunmehr weiter zu handeln sein wird *).

§. 51.

Wenn ein casus auf eine beabsichtigte Handlung hindernd einwirkt — diese Handlung ist entweder die Anwendung eines gewissen Talentes und Kräftemaßes zur Vollbringung eines Zweckes, oder die Veräußerung eines Eigenthumsstückes — so läßt sich bei beiden jenen Fällen, die im gemeinen Leben durch Geben und Handeln bezeichnet sind, nothwendig ein zweifaches Resultat denken — so nämlich, daß das Handeln, das Geben ganz vereitelt, oder nur theilweise unmöglich gemacht wird.

Die bisher angedeuteten Unterscheidungsgründe fordern

---

*) Ein drittes Glied der Nichterfüllungsgründe, eins in Bezug auf die Person des Empfängers nämlich, kann es nicht geben; denn entweder ist dessen Handlung durch Zufall gehindert, dann gelten die Regeln des Zufalles; oder dies nicht, dann liegt es in seinem Willen, daß er nicht leistet — und dieser wirkt auf das Rückforderungsrecht des Gebers nichts ein.

demnach folgende näheren Deductionen — der Hauptunterschied aber beruht, nach der Natur der Sache, auf der Verschiedenheit der Verbindlichkeiten auf ein Handeln und ein Geben — dem dare und facere oder praestare *).

I. Bei Verbindlichkeiten auf ein dare kann die Folge des Zufalles sich auf eine dreifache Weise kund geben. Einmal kann derselbe bewirken, daß die im dare liegende Leistung ganz unmöglich wird, wie beim gänzlichen Untergang einer specifischen Sache. Sodann kann der Gegenstand des dare auch bloß deteriorirt sein. Endlich kann der casus dahin wirken, daß das dare mit besondern Kosten und Schwierigkeiten verbunden werde. Von diesen verschiedenen Fällen wird es nöthig, jeden besonders ins Auge zu fassen **).

§. 52.

1) Der erste jener möglichen Fälle war: wenn die versprochene Gegenleistung, die im Geben bestehen soll, durch casus ganz unmöglich gemacht worden ist. Hier möchte es scheinen, als ob wieder zweierlei zur Sprache käme: a) ob eine andere gleiche Gegenleistung noch prästirt werden müsse; oder ob b) eine Entschädigung in Geld dafür zu geben sei.

---

*) Es wird wohl Niemand hierin einen Widerspruch erkennen mögen, indem nämlich hier der Unterschied zwischen **dare** und **facere** anerkannt, oben ein solcher aber geläugnet wird. Dort war die Rede davon, daß die Pflicht aus einer empfangenen Leistung und deren Correlat: das Recht aus einer gemachten **praestatio** sich überall gleich sein müsse, einerlei, ob diese im **dare** oder **facere** bestanden. Hier aber handelt es sich von zukünftigen Prästationen, und da leuchtet es ein, daß der Zufall anders auf das **dare** und anders auf das **facere** einwirken könne und werde. Beim **dare** kommt ja, außer dem Handeln selbst, auch noch eine Sache in Betracht.

) Ueber die diesfälligen, sehr aus dem Leben gegriffenen Ansichten des preuß. A. L. Rechts siehe **I, 5, 157. 158. — I, 16, 184. — I, 11, 873. fl.

Allein wenn die Gegenleistung auf eine specielle Sache gieng, auf das, was ein bestimmtes Individuum ist, so kann mit deren Untergang eine andere dieser nicht mehr in ihrer Individualität überall gleich stehen, weil — ein Individuum nicht zweimal sein kann. Ist aber das, was zu leisten war, eine Quantität oder ein incertum, so kann die Unterscheidung keinen Sinn haben, weil dies ja nichts Spezielles ist. Eine weitere Zerlegung der Frage ist demnach nicht zu machen, vielmehr dieselbe so zu stellen: „ob bei der gänzlichen „Unmöglichkeit der bedungenen Leistung eine Entschädigung „(immerhin eine andere Leistung) gegeben werden müsse?" Dies wird nun aus allgemeinen Regeln zu verneinen und dagegen zu behaupten sein, daß solchen Falles der verpflichtete Mitcontrahent als liberirt angesehen werden muß.

Pomponius Lib. 2. Enchiridii
fr. 107. D. de solut. (46. 3.)

Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur, aut civiliter. *Naturaliter*, veluti solutione, aut *cum res* in stipulationem deducta, sine culpa promissoris in rebus humanis *esse desiit* *).

Indeß scheint diese Regel, als solche, mitunter doch wieder einigen nöthigen Modificationen unterliegen zu müssen. Wenn nämlich a) die Leistung durch die eigene That des debitor unmöglich geworden ist, selbst ohne daß man ihm diese That gerade als culpa imputtiren könnte, so wird er nicht frei, eine Entschädigung wird demnach alsdann dennoch gefordert werden können. Diese Restriction der obigen Regel ergiebt sich aus dem Rechtssatz: **ne quisque ex facto alterius damnum sentiat** **). Wenn b) die Verbind-

---

*) Dies steht demnach der **solutio** völlig gleich. **fr. 92. D. ib. fr. 33. 51. 83. §. 5. 91. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)**

) **fr. 25. §. 2. D. ad S. C. Trebell. (56. 1.) — fr. 63. D. de legat. II. (31.) — fr. 91. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) — fr. 31. in f. D. locuti (19. 2.).

lichkeit des Empfängers eine alternative ist, so gilt auch hier die Regel, daß bei der Unmöglichkeit der einen Leistung der Schuldner jedenfalls die andere vornehmen muß *). Ist c) das Objekt der Gegenleistung untergegangen und hierdurch die Unmöglichkeit der Prästation gegründet, so können zwei Fälle eintreten. Es kann hier nämlich die obligatio auf eine Species gerichtet gewesen sein — dann bleibt obige Regel in ihrer Integrität bestehen; es wird nämlich damit der debitor liberirt **). War aber die Prästation eines genus der Inhalt der Gegenleistung, so haftet der debitor für den casus, d. h. derselbe muß das periculum tragen, bis dahin, daß er mit dem Gläubiger über ein bestimmtes Individuum einig geworden, also insofern die Forderung specificirt, auf eine Species fixirt ist. Diese Regel wird auch immer dann zur Anwendung kommen, wenn von der Rückgabe eines Genus die Rede ist ***). Sollte indeß das ganze Genus seinen Untergang gefunden haben, so muß man den Debitor wiederum für liberirt ansehen, gleichso wie in dem Falle, wo die Species zu Grunde gieng. Letzteres ist durch sich selbst klar, weil das ganze Genus insofern wieder einer Species gleich, d. h. ein genau Fixirtes ist †).

§. 53.

Hat der Casus 2. bloß die Folge gehabt, daß die Sache Deteriorationen erlitt, so kann dieser Fall und jener, wenn die Sache gänzlich untergieng, an sich nicht, nicht specifisch,

*) fr. 34. §. 6. D. de contr. emt. (18. 1.) — fr. 10. inf. D. de jure dotium (23. 3.).

**) fr. 26. §. 1. D. de Legat. I. (30.) — fr. 37. D. de V. O. (45. 1.)

***) fr. 58. §. 1. D. pro socio (17. 2.). — fr. 42. D. de jure dotium (23. 3.). — fr. 1. §. 4. D. de O. et A. (44. 7.)

†) Fr. 30. §. 5. D. ad L. Falcid. (35. 2.)

verschieden seyn. Der Unterschied ist, möchte man sagen, hier ja bloß quantitativ; er besteht lediglich darin, daß hier ein Theil, dort alle Theile untergiengen; daß hier Qualitäten, dort die Totalität aufgehoben wird. Nur also der Uebersicht und Faßlichkeit wegen, nur um gewohnte Eintheilungen beizubehalten, ist die Distinction gemacht und das Eintheilungsglied geschaffen worden. Aus besagter Gleichheit folgt nun aber auch, daß hier ebenso, wie beim gänzlichen Untergange der Sache, die Regel zur Anwendung kommt: es trägt der Creditor den casus *). Bei einer obligatio alternativa wird sich auch hier wieder die Modification gestalten, daß die Deterioration denjenigen trifft, dem die Wahl nicht zusteht. Daraus folgt dann weiter, daß, so oft der Zufall eine derjenigen Sachen verschlechtert, wobei der Schuldner die Wahl hatte, welche unter ihnen er geben mochte, er befugt erscheinen muß, auch die verschlechterte Sache zu prästiren **). Sonst aber wird bei der obligatio auf ein dare generis keine res vitiosa gegeben werden dürfen ***).

§. 54.

3) Es bleibt nur noch der dritte Fall übrig, wenn nämlich bei einer obligatio dandi der casus Veranlassung gewesen ist, daß die Prästation nicht ohne einen ungewöhnlichen Aufwand von Kosten vorzunehmen war. Hier scheint ein bedeutender Unterschied zwischen solchen Leistungen gemacht werden zu müssen, wodurch zugleich das Eigenthum des Objectes hat übertragen werden sollen, und solchen, die andere Zwecke haben. Als Regel kann man wohl die Behauptung anstellen, daß der Leister die Kosten trage,

---

*) C. 2. C. de per. et comm. rei vend. (4. 44.)

**) Fr. 10. in f. fr. 11. D. de jure dotium (23. 3.).

***) fr. 33. §. 1. D. de solutt. (46. 3.)

weil er mit der Leistung selbst auch die zu deren Verwirklichung nöthigen Kosten zu bestreiten hat; weil natürlich es nur seine Sache sein kann, die Mittel zu beschaffen, wodurch allein nur die Erfüllung seiner Pflicht ihm möglich wird, ein diesfälliger casus aber niemanden Anderem schädlich werden kann und darf. Diese Regel bleibt bei allen Leistungen ungeschmälert bestehen, mit welchen ein Eigenthum nicht übertragen wird. Anders bei den negotiis dominium translativis. Daß es hier anders sein soll, während obige Regel der Natur der Sache angemessen scheint, möchte als etwas Besonderes erscheinen — doch aber ist dem so. Bei der ganzen Classe von Geschäften, wo eine Sache zum Zwecke der Eigenthumsübertragung transferirt wird, sind die Kosten vom Empfänger der Leistung zu tragen, und zwar wohl aus dem Grunde, weil hier die Kostenaufwände gleichsam als versiones in rem sich ergeben.

Ulpianus Lib. 12. ad Ed.

fr. 13. §. 22. D. de actt. emti vend. (19. 1.)

Praeterea, ex vendito agendo, consequetur etiam sumtus, qui facti sunt in re distracta: utputa si quid in aedificio distracto erogatum est; scribit enim Labio et Trebatius esse ex vendito hoc nomine actionem.

Impp. Dioclet. et Maxim. Cyrillo

C. 16. C. ib. (4. 49.)

Post perfectam venditionem foetus quidem pecorum emtori, venditori vero sumtus, si quos bona fide fecerit, restitui debere, notissimum est.

§. 55.

II. Mit dem Bisherigen scheinen die Verhältnisse, die bei der Prästation eines dare möglicherweise sich ergeben können, hinlänglich erörtert zu sein, und wir wenden uns demnach zu dem zweiten Hauptfalle: wenn nämlich die obli-

gatio auf ein Thun oder ein Leisten, das kein dare enthält, gerichtet war. Auch in dieser Rücksicht sind wieder zwei mögliche Fälle zu unterscheiden, weil auch hier das periculum möglicherweise in zwei verschiedenen Gestalten sich geltend machen kann.

Der casus kann nämlich die Leistung des zu prästirenden Factums vollends vereiteln, oder aber nur dahin sich äußern, daß er lediglich den Debitor in Verrichtung des Factums, begriffen in der Leistung, hindernd entgegentritt und ihm so seine Leistung erschwert. Bei dem erstern Falle kann zunächst davon nicht die Rede sein, daß ein anderes gleichartiges Factum prästirt werde, denn das wird vorausgesetzt, daß es gerade von dem individuellen sich handele. Die Frage wird mithin näher so bestimmt: ob in dem Fragefalle nicht eine Vergütung, eine Entschädigung gefordert werden könne. Das aber wird verneinend zu beantworten sein. Das Versprochene, das gemeinte Factum, ist einmal unmöglich geworden; und etwas Anderes, eine aestimatio des Factums, hat der debitor nicht versprochen, eine mutatio obligationis aber braucht derselbe sich nicht gefallen zu lassen. Freilich indeß gilt dies nur für die gänzliche Unmöglichkeit, indem anders der casus den debitor insofern trifft, als überhaupt noch eine Leistung möglich bleibt.

Für den andern Fall, wenn der casus den debitor nur für seine Person, oder in der Ausübung seiner obligatio betroffen, macht sich wieder die Regel geltend, daß dieser casus auch vom debitor zu tragen sei *).

---

*) fr. 26. §. 6. D. mandati (17. 1.). Der in dieser Stelle enthaltenen Bestimmung könnte zwar jene des fr. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2.) zu widersprechen scheinen. Allein wenn man die letztere im Zusammenhange lies't, so ergiebt sich alsbald, daß solche gar nicht vom casus redet und ein Widerspruch somit keineswegs existirt.

§. 56.

In den vorigen §§. war die Rede davon, was in den Fällen Rechtens sei, wo die Prästation der Gegenleistung nach Eingehung des Vertrages unmöglich oder beschwerlich geworden. Nun läßt sich auch denken, daß diese Unmöglichkeit bereits bei Eingehung des Vertrags existirt habe. Um hier auf die Frage: welche Grundsätze in solchen Fällen eintreten, die richtige Antwort zu finden, ist wieder nöthig zu unterscheiden, ob der Geber dies Verhältniß wußte oder nicht. War es ihm zur Zeit der Perfection des Vertrages, d. i. seiner Leistung, bekannt, daß der Mitcontrahent gar nicht im Stande sein werde, die versprochene Gegenleistung zu prästiren, so muß man bei ihm einen animus donandi voraussetzen, ihn als freiwilligen Schenker ansehen und somit die Zurückforderung ihm versagen *).

In jedem andern Falle aber wird es auf das Rückforderungsrecht keinen Einfluß äußern, ob die Gegenprästation von Anfang an unmöglich war, oder dies erst in der Folge ward **).

Bemerkenswerth scheint es übrigens noch, daß unsere Gesetze gar keine Folgen auf das Rückforderungsrecht daraus entstehen lassen, ob dasselbe in dem Nichtwollen oder der culpa de Empfängers seinen Grund habe ***).

§. 57.

Oben ward angemerkt (§. 49.), daß es zwei allgemeine Fundamente des Rückforderungsrechtes gebe, deren eines ex

---

*) Arg. C. 8. C. de cond. ab c. dat. (4. 6.) — fr. 3. §. 5. D. de cand. c. d. c. n. s. (12. 4.) — fr. 1. §. 1. D. de cond. ind. (12. 6.) fr. 53. D. de R. J. (50. 17.)

**) fr. 3. §. 5. D. cit. (12. 4.)

***) C. 8. 9. C. cit. fr. 3. §. 3. 5. D. ib. (12. 4.)

capite non implementi, das andere ex mera poenitentia genannt wurde. Hierauf ward versucht, die Regeln zu entwickeln, nach welchen beide zur Anwendung gebracht werden können, und die jedesmaligen Folgen der Anwendung selbst aufzuzeigen. Um nun aber die Individualität der verschiedenen Rückforderungsrechte und somit die des jus poenitendi, gegenüber der revocatio ex capite non implementi, noch weiter nachzuweisen, können wir diese Erörterungen noch mehr ausdehnen. Es bestehen nämlich in Rücksicht der Befugniß, jene Revocationsrechte geltend zu machen, noch einige Verschiedenheiten unter denselben in der Art, daß der eine Grund vor dem andern abwechselnd prävalirt; die Rückforderung des einen Grundes wegen Platz greift, wenn die des andern halber nicht, und so umgekehrt.

Das Revocationsrecht findet nämlich zunächst in dem Falle, wenn der Accipient durch unvorhergesehene Zufälle, durch casus, an der Erfüllung seiner Prästation gehindert wird, aus dem Grunde, weil diese Erfüllung nun unterbleibt — ex capite non implementi — nicht Statt, wie dies oben gezeigt worden. Allein bei solchen Ergebnissen tritt das Revocationsrecht ex mera poenitentia dennoch ein, sobald nur der Reuende seinen Gegner schadlos hält *).

Dagegen giebt es umgekehrt Fälle, wo ein Rückforderungsrecht ex mera poenitentia nicht gestattet ist, während jenes ex capite non implementi allerdings noch zulässig bleibt. Dies tritt ein, sobald der Accipient in Bezug auf die Gegenleistung bereits einen ebenso großen Aufwand gemacht hat, als der Werth des Zurückgeforderten beträgt **).

Selbst nach erfolgter Gegenleistung durfte die Reue noch geltend gemacht werden, sobald nur die Sinnesänderung dem

*) fr. 3. §. 2. 3. fr. 5. p. bis §. 4. D. de cand. c. d. c. n. s. (12. 4.)

**) fr. 3. §. 3. fr. 5. pr. §. 3. 4. D. ib. (12. 4.) fr. 5. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 1.)

Mitcontrahenten zeitig, d. h. vor dieser Gegenleistung bekannt gemacht worden war *).

§. 58.

Es dürfte im Vorigen hinlänglich erörtert sein, wann jedesmal und auf welche Weise sich das Reuerecht äußert, in welchen Fällen davon Gebrauch gemacht werden kann, und welche Wirkungen es dann immer erzeuge.

Daher scheint es nunmehr an dem zu sein, daß man davon spreche, auf welche Weise es geltend zu machen ist, mit welchem Rechtsmittel die beabsichtigte Zurückforderung gesucht werden kann. Da giebt es nun für die beiden oben genannten Fälle, wenn nämlich ex poenitentia und propter non implementum zurückgefordert wird, eine gemeinschaftliche Klage. Im letztern Falle wird eine condictio gestattet, nämlich die condictio causa data causa non secuta **). Im erstern Falle tritt dieselbe Klage utiliter ein. Man kann jene Klage im Allgemeinen als eine solche definiren „auf Zurückgabe dessen, was man in Rücksicht ei„nes Zweckes, einer Voraussetzung that oder hingab, wel„cher sich nachmals nicht realisirt, rspe von welcher sich „ergiebt, daß sie nicht existirte, oder nicht zu erreichen war.“

---

*) fr. 5. §. 1. D. cit. (12. 4.) — Man hat es mitunter bestritten, ob das Reuerecht auch auf die Erben der Contrahenten sich übertrage. Offenbar dies nur, indem man es aus unrichtigem Standpunkte betrachtet. Da alle contractlichen Rechte auf die Erben übergehen, das **jus poenitendi** aber weder seiner Natur nach noch in Gefolge positiver Bestimmungen hiervon eine Ausnahme macht, so giebt es keinen Grund, warum man dasselbe auf die Person des Contrahenten zu beschränken habe. **fr. 59. D. de R. J. (50. 17.)** ***Alef*** **Dies acad. X, 30.**

) Dieselbe heißt bekanntlich auch **ob causam datorum, actio pecuniae datae, condictitia actio etc. fr. 7. D. ht. (12. 4.) fr. 9. D. de cond. ab turp. caus. (12. 5.)

Dieses ihres allgemeinen Inhaltes wegen hatte sie in mancherlei Fällen Statt, die zunächst nicht alle unter eine Kategorie zu gehören scheinen. Es dürfte zur Vollständigkeit gehören, dieselben hier alle obenhin anzugeben.

1) Wenn zur Erfüllung eines Vergleichs eine Leistung gemacht worden und dieser nun späterhin nicht erfüllt ward, oder auch von Anfang an ungiltig war, so hatte der Geber die condictio *).

2) Wenn bei einer donatio sub modo oder einem legato sub modo der modus nicht erfüllt wird, so kann die Zurückleistung des Gegebenen mit der condictio ob causam datorum angesprochen werden **).

3) So oft in Beziehung und in Voraussetzung auf eine künftige Ehe eine Arrha, Brautgeschenke, oder auch eine dos gegeben ist, die Ehe aber nicht vollzogen wird, so tritt die condictio ein ***).

4) War etwas mortis causa geschenkt worden, die Furcht vor dem bevorstehenden Tode aber als causa movens nicht realisirt, so ward jene Klage analog auf Zurückgabe des Objects des Schenkungsvertrages zugestanden: *quasi* re non secuta †).

5) Wenn Jemand etwas hingegeben hat in der Hoffnung, eine Erbschaft oder ein Vermächtniß zu erhalten, oder in der Voraussetzung, daß dergleichen ihm angefallen —

---

*) fr. 23. §. 2. 3. D. de cond. ind. (12. 6.) C. 17. C. de transact. (2. 4.)

**) C. 2. 3. 8. C. ht. (4. 6.)

***) fr. 7. §. 1. fr. 9. D. ht. (12. 4.) C. 1. C. ib. (4. 6.) C. 2. 10. C. de donat. ante nupt. (5. 3.)

†) Dies ist die Bezeichnung, welche gleichbedeutend ist, mit utiliter, fr. 12. D. ht. (12. 4.) fr. 30. 35. 37. §. 3. 4. D. de mort. causa donatt. (39. 6.)

nun aber jene Hoffnung und diese Voraussetzung sich nicht verwirklicht, so hat er jene Klage *).

6) Jemand, der einem falsus procurator Zahlung leistete in der Erwartung, daß der dominus die Ratihabition dieserhalb ertheilen werde, konnte mit dieser condictio, wenn die Ratihabition nicht erfolgte, das Gegebene zurückfordern **).

§. 59.

Es liegt in dem hier im Allgemeinen angedeuteten Inhalte der condictio causa data causa non secuta, daß dieselbe sich auch besonders auf die Innominatverträge bezog, insofern dabei eine Revocation eintrat. Auch hier ward etwas hingegeben in der Absicht und Voraussetzung, daß sich ein Zweck realisire, ein Ereigniß ergebe. Wird jene Voraussetzung fehl, tritt das Ereigniß, dessen Existenz die causa movens war, nicht ein, so muß natürlich auch die Folge jener Voraussetzungen, d. i. die geschehene Leistung, wiederum zurück- und wegfallen. Jene Requisite der condictio haben darum durchaus Statt, wenn bei einem Innominatvertrag die Gegenleistung ausbleibt. Ein ganz ähnliches, analoges Verhältniß tritt indeß auch ein, wenn die Reue der Grund ist, daß die Gegenleistung nicht mehr Platz greifen kann, jene gleichsam diese letztere ausschließt. Auch hier tritt die frühere Voraussetzung, d. i. die beabsichtigte Gegenleistung nicht ein, weil sie nach des Gebers Willen nicht eintreten soll. Ebendarum wird jene condictio auch für den Fall der simpeln Reue gegeben — *quasi* ob rem non secutam, wie die römischen Juristen sich ausdrücken ***).

---

*) fr. 1. §. 1. fr. 3. 13. D. ht. (12. 4.) fr. 65. §. 3. D. de cond. ind. (12. 6.)

**) fr. 14. D. h. 1. (12. 4.)

***) fr. 5. §. 1. 4. D. pr. verb. (19 5.) fr. 1. §. 4 D. de aest. (19. 5.)

Bei den Innominatverträgen trat auch noch eine andere Klage ein, nämlich eine actio praescriptis verbis s. actio in factum, dies war die eigentliche, wie man sagt, Contractsklage, denn hiermit waren alle durch die conventio erzeugten verschiedenen Obliegenheiten geltend zu machen. Der charakteristische Unterschied beider bestand demnach darin, daß die condictio stäts nur auf Zurückgabe des Geleisteten angestellt werden konnte, während die Contractsklage auf die Erfüllung des Vertrags, oder was diesen surrogirte, das Interesse, zu richten war.

Papinianus Lib. 2. Quaest.
fr. 7. D. de praescr. verb. (19. 5.)

Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam, *praescriptis verbis*, ut *solvat*, quanti mea interest; aut si nihil interest, *condicam* tibi, ut decem reddas.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Protegeni
C. 6. C. de rer. perm. (4. 64.)

Rebus certa lege traditis, *si huic non pareatur*, *praescriptis verbis* incertam civilem dandam actionem, juris auctoritas demonstrat.

Impp. Iidem Paulinae
C. 8. C. ib.

Ea lege rebus donatis Candido, ut, quod placuerat, menstruum seu annuum tibi praestaret, cum hujus modi conventio non nudi pacti nomine censeatur, sed rebus propriis dictae legis substantia muniatur: *ad implendum placitum, praescriptis verbis competit actio* *).

Die actio praescriptis verbis, oder auch wohl actio in factum umfaßte mehr als die condictio. Denn wenn auch, wie oben zu zeigen versucht ward, die condictio aus dem Con-

---

*) Cf. C. 4. 5. 7. C. ib.

tract als condictio certi, incerti gebraucht werden konnte, so waren ihre Gränzen dennoch enger gezogen, schon darum, weil sie eine actio stricti juris war; und dies blieb dieselbe auch, wenn sie als ob causam datorum auf das Interesse gerichtet ward *).

§. 60.

Sobald es nun einmal dazu gekommen ist, daß die redditio, die restitutio, prästirt werden muß, dann können wieder manche Fragen entstehen, darüber nämlich, wie die Verhältnisse hierbei einwirken, was unter allen Verhältnissen zu restituiren ist und welche Modificationen die letzten zu erzeugen vermögen. Um hier möglichst genau zu sein, müssen wir hier abermals folgende Unterscheidungen machen:

1) Entweder ist das Geleistete und zu restituirende eine specifische, fruchttragende Sache — dann muß sie mit den

---

*) Arg. c. 1. C. de cand. ind. (4. 5.) — Es ward hier die **condictio** der eigentlichen Contractsklage gegenübergestellt, obwohl auch sie vorliegend jedesmal nur zur Existenz kömmt, wenn ein Vertrag ins Leben getreten. Allein es muß ein Unterschied gemacht werden zwischen Verhältnissen und Zwecken, die mit der **conventio** auf der einen oder andern Seite beabsichtiget werden, die das Ziel der **conventio** sind, und solchen Verhältnissen, die entweder ungeachtet der **conventio** bestehen bleiben, wie z. B. das Neuerecht; oder von denen jene nur die Veranlassung gewesen, ohne daß dieselben gewollt, beabsichtigt wurden. Für jene in der Absicht gelegenen Verhältnisse und Befugnisse gilt die Contractsklage; für alle andere Berechtigungen, die, wenn auch erst mit dem Vertrag ins Leben gerufen, nicht dessen Ziel und Zweck waren, die **condictio**. — So war es auch bei den andern Verträgen, nur daß hier die Eigenschaft der Klagen, **bonae fidei** zu sein, den Juristen Gelegenheit gaben, allmählich mehr und mehr in den Kreis dieser Klagen hineinzuziehen, wie sie z. B. die Ansprüche aus der **laesio enormis**, die aus der Fehlerhaftigkeit des Objectes bei dem Verkauf in das Gebiet der **actio emti** verlegten, was sicherlich zuerst nicht so gewesen.

vorhandenen und genossenen Früchten zurückgegeben werden *).

Inwiefern auch die fructus percipiendi zu prästiren seien, wird darauf ankommen, ob die Gegenleistung durch culpa des Empfängers unterblieb, oder ob er zur praestatio diligentiae verpflichtet gewesen. In beiden Fällen wird er fructus percipiendi zu restituiren haben, sonst aber nicht.

2) Oder es ist Geld gegeben worden. Ob hier Zinsen gefordert werden können, wird davon abhängen, ob sie versprochen worden, oder aber ob wieder eine culpa dazwischen getreten. Jenes wird freilich in der Regel nicht so sein, weil selten für den Fall der Revocation Vorsehung getroffen wird. In allen andern Fällen werden Zinsen nicht angesprochen werden können **).

3) Sofort entsteht die weitere Frage, ob auch vom Empfänger Vergütung seiner Verwendungen gefordert werden könne. Hierbei kann nun soviel nicht geläugnet werden, daß, wenn der Accipient Auslagen und Unkosten bei dem Geschäfte selbst, das eben die Folge des spätern Rechtsverhältnisses erzeugte, gehabt hat, ihm diese vergütet werden müssen ***). Was aber die eigentlichen impensae angeht, so findet sich in unsern Quellen eine directe Entscheidung darüber nicht vor: ob sie zu vergüten sein werden oder nicht. Nach Analogie anderer Verhältnisse und der diesfälligen, hierbei eintretenden Bestimmungen wird aber auch vorliegend zu behaupten sein, daß die Unkosten zu er-

---

*) Fr. 7. §. 1. fr. 12. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.) — fr. 38. §. 1. 3. D. de usuris (22. 1.) — wozu nach fr. 12. cit. auch die accessiones gehören.

**) Arg. C. 1. C. de cond. ind. (4. 5.)

***) fr. 5. pr. §. 4. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.)

ſtatten ſind, und zwar namentlich die impensae necessariae und utiles modicae *).

§. 61.

Um nun auch keinen Fall zu übergehen, müſſen wir auch noch jenes gedenken, wo die hingegebene Sache bereits von dem Empfänger weiter veräußert worden iſt, ſobald es zur Zurückforderung kömmt. Was iſt nämlich hier zu reſtituiren? Auch in einem ſolchen Falle müſſen die allgemeinen Principien eine Norm an die Hand geben.

Bei Verträgen, in welchen die geſchehene Leiſtung ein facere war, kann natürlich hiervon eine Sprache nicht kommen.

Beim dare aber iſt zu unterſcheiden, ob der Empfänger in culpa war, und auch gerade dieſe culpa als der Grund anzuſehen iſt, warum die Gegenleiſtung bisher nicht erfolgte — wie dies dann bei weitem in den meiſten Fällen Statt haben wird — ſo daß es als Regel eintritt, die mora und ſomit culpa des Empfängers ſei der Grund, warum die Erfüllung nicht präſtirt ward. Hier wird der volle Werth der Sache und mit ihm das Intereſſe zu leiſten ſein. War aber nicht jene culpa des Empfängers, ſondern ein anderer Umſtand der Grund, daß derſelbe ſeine Gegenleiſtung nicht vorgenommen, ſo daß nun anzunehmen ſteht, er habe die Veräußerung bona fide gemacht — dann wird er auch nur ſoviel zu erſetzen haben, als er ſich bereichert findet **).

---

*) C. 5. C. de R. I. (3. 32.) Bei impensae modicae hängt es immer, in Rückſicht des Rechtes auf Erſatz, davon ab, ob ſie bona oder mala fide zu des Verwenders oder Gebers Nutzen gemacht ſind. fr. 48. D. de R. V. (6. 1.) fr. 14. §. 1. D. de comm. div. (10. 3.) vers. diversum est. fr. 33. D. de cond. ind. (12. 6.) fr. 44. D. de dolī mali exc. (44. 4.)

**) Wie es beim casus zu halten ſei, iſt bereits oben erörtert. fr. 23. D. de R. J. (50. 17.) fr. ult. D. ht. (12. 4.) fr. 15. §. 6. D. locuti (19. 2.).

§. 62.

Es war der Zweck der bisherigen Erörterungen, nachzuweisen, ob und inwieweit das Neuerecht bei den Römern gegolten und zur Ausübung gebracht worden sei — wie es sich bei ihnen gestaltet und erhalten habe. So wie in Rücksicht dieser Fragen eine richtige Ansicht allein aus den Quellen zu entnehmen und durch diese zu begründen war — unter welchen Quellen die Worte und der Geist des Römerrechtes verstanden ist — so genügte es anderseits auch, auf diese Quellen, auf diese Worte und ihren Geist allein Rücksicht zu nehmen: man konnte sich lediglich auf das beschränken, was uns die Römer überliefert — wie dies Ueberlieferte hinwieder ausgedeutet worden, kam nicht in Betracht.

Ein jeder, der selbstständig und mit eifrigem Ernste nach Licht und Wahrheit forscht, der strebt, sich eine gewissenhafte und gewisse Ueberzeugung zu erringen, der wird, auch abgesehen von dem Werthe der sich aus seinem Bemühen für ihn ergebenden Resultate, immer und gewiß ein Product zu Tage fördern, das durch seine Individualität sich überall als ein eigenthümliches darstellt, und es scheint ebendarum, schon des Vergleiches für einen dritten wegen, angemessen, von den Ansichten Anderer sich nicht weiter leiten und motiviren zu lassen, als gerade erfordert wird, um nicht bereits allbekannte Wahrheiten in gewohnten und bekannten Formen — die dann ihres Gewohnten wegen auch

meist abgenutzt sind — abermals auftreten zu lassen *). Ist denn bei solchem Verfahren das Gewonnene mit Anderem, vielleicht längst nur von Andern Aufgezeigtem anscheinlich auch ein Gleiches, so thut dies der guten Sache nicht nur überall keinen Eintrag — denn eben dadurch, daß Mehrere die auf unterschiedene Weise sich einen Weg in den Schacht eigner Wahrnehmung und Erkenntniß gruben, und das hier Gefundene ebendarum auf unterschiedene Weise gewannen, im Grunde dennoch aber ein sich überall ähnliches Wesen zu Tage brachten: gerade hierdurch erwirbt sich die Ueberzeugung, daß keines der Producte ganz falsch sein möge, daß keine Mühe ganz vergeblich sein konnte —; sondern es muß vielmehr die anderweite Bestätigung seiner Meinung sicherlich einem Jeden willkommen sein, der in seinem Wissen nur ein menschliches zu haben sich bewußt ist. — Darum wird es aber nicht eitle Anmaßung scheinen, daß wir bisher alle Behauptungen und Ausführungen Anderer bei unsern Deductionen möglichst bei Seite ließen.

Indem wir aber nun uns dazu anschicken, zuzusehen: inwieweit jene römischen Regeln und Grundsätze auf deutschem Boden Wurzel geschlagen haben, wird es mehr nöthig, dasjenige in Betrachtung zu nehmen, was hierüber Andere gesagt; denn in diesem Sagen ist für uns die Geschichte, indem gerade hierin sich das abspiegelt, was aus Römischem sich zu Deutschem umgestaltet hat.

Allein wiederum auch hier würde es zu weit führen, ohne doch irgend einen ersprießlichen Nutzen zu gewähren, wenn man die einzelen hinwieder zerstreuten Behauptungen, welche von verschiedenen Rechtslehrern aufgestellt sind, ängstlich zusammenlesen, eine jede isolirt aufstellen und nun der Reihe nach sie widerlegen oder beleuchten wollte. Viel-

*) Es ist gemeint, daß nur solche Ergebnisse allen Werth verlieren, die durchaus nichts Neues enthalten.

mehr muß es überall auch hier genügend für unsern Zweck scheinen, wenn man das endliche Resultat der verschiedenen Bestrebungen, was gleichsam disputatio fori sich als mehr allgemein anerkannt, geltend zu machen sucht, indem es sich überall mit und ohne Beweisführung in Lehr- und Handbüchern, oder Abhandlungen vor- und einfindet. Dies ist es, was sich durch die Destillation der Zeit oder im chemischen Proceß der Meinungen gleichsam als Extract, oder aber Niederschlag, ergeben hat.

Nach solchen Resultaten suchend, stoßen wir dann bald auf den überallhin verbreiteten Glauben, daß die altdeutsche Ansicht über die Bedeutung und Wirkung der Zusagen himmelweit verschieden sei von der römischen. Aus solcher Annahme tönet es gewöhnlich weiter folgendermaßen heraus, vor alle den Formalitäten und Voraussetzungen, woran bei den Römern die gerichtliche Wirksamkeit der conventiones bedingt gewesen, davon wisse das deutsche Recht, was in dieser Rücksicht dem römischen stäts vorgegangen und nie gewichen sei, überall nichts. Nach deutschen Grundsätzen — so lautet weiter die Tradition — sei jedes simple Versprechen, eine jede conventio nuda gleich klagbar, wie eine römische Stipulation. Dieser Glaube hat sich so sehr zu landläufiger Theorie umgestaltet, daß fast vergessen wird, an dessen Gründe zu denken. Fragt man nämlich, warum doch diese schroffe Verschiedenheit des römischen und deutschen Rechtes, so sind wir in der That in Verlegenheit, die Antwort entbehren zu müssen. Man ist aber doch umsomehr zu dieser Frage berechtigt, da nach den oben entwickelten Grundsätzen über die Natur der conventiones die Sanction der Verträge, die Erhebung derselben zur Erzwingbarkeit, rein positiver Natur ist, und daher es von hohem Interesse bleiben muß, zu wissen, warum diese Sanction so ganz allgemein in Deutschland Statt gefunden, und wo endlich solche

Sanction selbst sich aufgezeichnet finden möge — ob sie von einer leitenden Gesetzgebung vorgeschrieben, oder durch Sitte zur Norm geworden.

Allein obwohl es so höchst wichtig ist, dies zu wissen, so finden wir uns hier in diesem Gebiet dennoch auf einer öden, trostlosen Steppe, — kein Licht will uns hier erscheinen, das die dunkele Nacht erleuchte. Zwar hat man sich eine Lampe sogar beim Tacitus anzünden wollen; man hat auf Aussprüche in altdeutschen Rechtsbüchern hingewiesen, um hier die Bestätigung dessen zu finden, was Tacitus berichtet — wem aber kann das genügen unter denen, die einen wirklichen giltigen Grund hören wollen, und ebendarum sich mit dem nicht begnügen können, was eine gut construirte Hypothese enthält, oder in ein Phantasiegemälde aufgetragen worden. Man kann in der That ja das Staunen kaum bergen, wenn man liest, daß für einen deutschen Rechtssatz der Beweis in dem, was ein römischer Geschichtschreiber allzumal mit der Tendenz eines Tacitus berichtet, gefunden werden muß! — Was aber findet sich nun bei diesem? Es soll, so lesen wir, jener Satz das Resultat einer von Tacitus erzählten und gelobten deutschen Treue und Biederkeit sein. Indeß dürfte es, genauer betrachtet und selbst abgesehen davon, daß auf eine solche allgemeine Aeußerung gar kein Gewicht zu legen ist, mit dieser deutschen Biederkeit fast scheu aussehen. Indem wir nämlich bei diesem selben Tacitus lesen, daß derjenige freie Deutsche, der sich zum Sclaven seines Kumpans gespielt hatte, trotz seiner, ebenmäßig von Tacitus erwähnten Anhänglichkeit ans deutsche Vaterland und an deutsche, heimathliche Sitten, von dem hartherzigen Gewinner auswärts hin in die Sclaverei verkauft ward, und dies von seinem bisher beßten Freunde und Streitgenossen — dann verwandelt sich uns

diese Biederkeit in wahrhafte Bitterkeit *). Denn soll das Festhalten an einer gemachten Zusage als ein wahrhaft Achtungswerthes erscheinen, so muß es in der Idee der Gerechtigkeit wurzeln, in der constans voluntas suum cuique tribuendi. Diese aber ist überall nur das Resultat sittlich-hoher Gesinnung, und wiederum diese entsproßt nur aus dem Gefühl für das an sich Schöne und Gute. Mit diesem Gefühl aber ist unbarmherzige Härte gegen Andere, oder harte Unbarmherzigkeit gegen den Genossen im grellsten Contrast, denn letztere kann nur aus verworfener Gesinnung entspringen, oder nur aus dem rohesten, gefühllosesten Barbarismus. Aus dem Charakter des Deutschen, als sonach dem gemeinschaftlichen Boden beider — des Barbarismus und der Treue — können jene sich widersprechenden Gefühle aber nicht gleichzeitig entkeimen — es ist undenkbar, daß unsittliche oder rohe, und hohe sittliche oder cultivirte Gesinnung harmonisch zusammen bestehen.

Wollen wir also die pünktliche Erfüllung der Zusagen bei den alten Deutschen, oder eigentlicher, die Erscheinungen, wovon Tacitus Meldung thut, einer treuen Biederkeit zuschreiben, so sind wir in der Verlegenheit, solche immer mit jener unmenschlichen Härte zusammen reimen zu können. Es bleibt daher kein Ausweg übrig, als umgekehrt aus dieser rohen Härte es zu erklären, warum die Erfüllung mancher Zusagen so strenge gehandhabt, so pünktlich vom Schuldner geleistet ward, weil nämlich der zum Sclaven gewordene Unglückliche bei seinem hartherzigen neuen Herrn vergeblich auf Nachsicht gezählt haben würde, und, dies wissend, mit trotzigem Muthe ihm ganz sich überlieferte — wie auch der Negersclave mit stummem Trotz sich den Mißhandlungen seines unmenschlichen Herrn Preis giebt. Eine solche wie die

---

*) *Taciti* Germania c. 24. Annales 13, 54.

hier vertheidigte Annahme paßt auch viel besser zu dem Culturzustand unserer Vorfahren, den dieselben in jenen Zeiten, von denen Tacitus berichtet, inne hatten, als es das Gegentheil thun würde. Denn solche Tugenden, wie Gesinnungen sie voraussetzen, die wir alsdann zu suppliren haben, finden sich bei einem Volke meist erst viel später.

Gleich wenig scheint es bedeuten zu können, was man in den altdeutschen Rechtsbüchern als Andeutungen für jene Annahme aufspürt. Allgemeine Bemerkungen, daß Verträge gehandhabt werden sollen, die darin enthalten sein mögen, z. B. „wer etwas borgt oder angelobt, der soll es bezahlen, und was er thut, das soll er festhalten" *), die haben gerade soviel und nicht mehr zu bedeuten, als die bekannte römische Regel: **pacta sunt servanda.** Denn abgesehen davon, daß die formellen Erfordernisse dabei überall vorausgesetzt sind, so ist mit dem deutschen Satze für vorliegende Frage nur überhaupt so wenig gewonnen, als mit dem römischen für das Verständniß des römischen Contractswesens.

Auf der andern Seite haben wir aber ein sehr wichtiges Gegenargument gegen jene gerühmte deutsche Biederkeit, oder aber Einfachheit in ihren Rechtsformen.. Dies Argument liegt darin, daß, wie wir es von der deutschen Gerichts- und Rechtsverfassung lesen, die conventiones nur dann von Wirkung sein sollen, wenn sie vor Gericht abgeschlossen, oder deren Abschluß dort wiederholt worden (sie mußten vor Gericht zugestanden sein, was nichts ist, als sie dort wiederholen). Daraus aber ergiebt sich, daß man einen stäten, fortdauernden Willen, einen Willen, der auch vor Gericht noch derselbe war, haben mußte, die Zusage **wirklich** zu machen, während hier unseres Ortes gerade

---

*) Sachsenspiegel I, 7. Schwabenspiegel 265, 1.

umgekehrt die Rede davon ist, ob man seinen Willen nicht ändern dürfe. Es giebt weiter ein schlechtes Zeugniß von solcher gerühmten Simplicität der alten Deutschen in ihren Geschäften, wenn man den Umstand erwägt, daß wenn auch noch so viele Zeugen die conventio vor Gericht bewahrheiteten, dadurch allein die Parteien dennoch noch nicht daran gebunden erschienen. Wohl aber ergiebt sich aus diesem Verhältnisse, daß die conventio nuda nicht viel zu bedeuten haben konnte *).

Die Unterschiede zwischen deutschem und römischem Rechte in Rücksicht der bindenden Kraft der conventiones dürfte sich, soviel wir mit Hilfe unserer dürftigen Quellen davon wissen können, darauf beschränken, daß nach deutschem Brauch derjenige Contrahent, der, vor Gericht geladen, hier eingestand, zur Zahlung angehalten werden konnte, während dies nach römischem Rechte nicht in der Art Statt hatte. Allein hierbei bleibt es schon sehr problematisch, ob mit jenem Eingeständnisse nicht an sich schon die Absicht verbunden war, dasselbe auch zu halten, in welchem Falle von unserer Frage nicht die Rede sein kann; oder ob vielleicht auch bloß der Mangel an Zahlungsmitteln die gerichtliche Verhandlung hervorrief, und auch hier wiederum es gar nicht die Absicht war, die Zusage nicht zu erfüllen. — Es bleibt wohl nichts übrig, als zu bekennen, mindestens, daß die Sache keineswegs gehörig aufgeklärt ist, worüber mehr zu sagen, hier natürlich der Ort nicht sein kann. — Daß übrigens das Zugeständniß vor Gericht, die Wiederholung vor versammeltem Volke viel Aehnlichkeit habe mit jenen Ver-

---

*) Sachsenspiegel 1, 16. Schon daß unsere Urväter ihre Angelegenheiten mit einem Schmauß oder Gelag begiengen, zeugt wieder gegen die Voraussetzung vieler Einfachheit, denn damit ist die Idee verbunden, daß noch etwas mehr als die einfache Sache nöthig sei. Vergl. J. Grimm d. Rechts-Alterth. S. 602.

tragsformen der Römer, wo diese den Act vor mehrern, das Volk gleichsam vertretenden Personen vornahmen, dies liegt, so scheint es, gar nicht weit.

Bei einiger Aufrichtigkeit wird man nachgerade bekennen müssen, daß der nach Obigem für deutsch declarirte Satz sich als ein deutscher Rechtssatz nicht belegen lasse. Vielmehr sollte Einen fast bedünken, als ob lediglich durch die Einwirkung des canonischen Rechtes, das aus begreiflichen Gründen eine solche Ansicht geltend zu machen strebte, der Grundsatz: „jede Zusage müsse gehalten werden," aus einem christlichen Glaubenssatz nach und nach eine gewohnte und von Priestern genährte Ansicht, und aus dieser zu einem Gewohnheitsrechte geworden wäre. Der Christianismus des canonischen Rechtes, d. h. die durch den Clerus gedeutete und mitunter mißdeutete Lehre des Christenthums, so wie derselbe auch anderwärts bald mehr bald freilich weniger bemerkt, in diesem Charakter sich geltend zu machen gewußt, so ist er auch hier sicherlich der einzige Grund, warum sich die Idee allmählich ein Uebergewicht errungen: daß eine jede conventio zu erfüllen, also klagbar sei*). Allein bei diesen Daten, wo uns eine deutsche Ansicht, ein ursprünglich deutscher Rechtssatz nicht nachgewiesen zu werden vermag **),

---

*) Dies Alles hier bis ins Detail auszuführen, erlaubt unser Zweck nicht. Man vergl. übrigens **C. 1. 3. X. de pactis (1. 35.)**.

Nicht sowohl eine bestimmte Vorschrift, als vielmehr der Geist der christlichen Anwesenden scheint dieselben zu dem Ausruf aufgeregt zu haben: **pax servetur, pacta custodiantur.** — Es dürfte äußerst interessant sein, diese Ansicht geschichtlich durchzuführen, wozu an Material es dem denkenden Geschichtsforscher so wenig fehlen würde, als bei vielen andern geschichtlichen Darstellungen.

**) Es scheint schon darum nicht, als ob es ein solcher gegeben, weil sich derselbe sonst bei den frühesten Bearbeitungen des römischen Rechtes doch wohl geltend gemacht haben würde, wovon wir gar keine Spur finden. — Begreiflich konnte sich bei den Deutschen nicht ein solcher genauer Unterschied zwischen klagbaren und nicht klagbaren Verträgen gebildet haben, wie bei den Römern.

und wo die Lehre davon mehr auf Herkommen und Gewohnheit, aber selbst dies nicht sowohl des Volkes, als vielmehr der Inhaber der Rechtswissenschaft und derer, die die religiösen Ansichten der Völker ausdeuteten — und diese ihre Ausdeutung mit Hölle und Fegfeuer gegen jeden Zweifel sicher zu stellen wußten — sich zu gründen scheint, als auf etwas Besseres, da müssen wir stäts möglichst mißtrauisch gegen deren Inhalt bleiben, und ebendarum keineswegs ihr Gebiet über Gebühr erweitern. Dies letztere gewiß umsoweniger, als der Brauch nicht einmal vermag, sich als allgemein anerkannt auszuweisen, indem z. B. im Wirtembergschen Landrecht sich ein Neuerecht in der That erhalten hat *).

Wenn wir indeß auch einmal jenen Satz als deutsche Lehre gelten lassen, so ist es wieder grundverkehrt, um eine Aehnlichkeit zwischen den Wirkungen der deutschen conventio und einer römischen stipulatio zu behaupten und dies etwa mit dem obigen Satze auszudrücken: jeder Vertrag sei bei uns so verbindend, als bei den Römern eine Stipulation. Man weiß wohl, daß diese Redensart eine Hyperbel ist, die nichts weiter sagen will, als jede conventio sei bei uns klagbar, so wie jeder Vertrag bei den Römern durch stipulatio zum klagbaren erhoben werden konnte. Allein solche Hyperbeln trugen für die richtige Ansicht durchaus nichts, weil sich leicht ein falscher und zu weitern Irrthümern führender Nebenbegriff damit verbindet **). Man lasse es also einfacher dabei, daß sie, die conventiones, klagbar seien, und dies benimmt dem juristischen Glaubensartikel umsoweniger an Ansehen, als es ohnedies Gradationen in der Klagbarkeit nicht gibt und nicht geben kann ***).

---

*) Auch im A. L. R. finden sich Spuren davon. Vergl. z. B. oben §. 32.

**) Wie immer zu rügen wir gleich unten unternehmen werden.

***) Wer sich selbst Rechenschaft über seinen Glauben an jenen, einer

§. 63.

Es soll nun unseres Amtes nicht sein, und wäre übrigens hier auch der Ort nicht dazu, den Glauben an jene Heiligkeit der deutschen conventiones erschüttern zu wollen. Indeß glauben wir doch auch behaupten zu dürfen, daß es bei jener äußern Wirkung derselben, bei deren Klagbarkeit sein Bewenden behalten müsse, und darum von weitern Wirkungen keine Rede kommen solle. In diesem deutschen Grundsatze aber: daß jede conventio nuda klagbar sei (den wir hier einstweilen anerkennen müssen, weil noch zur Zeit vielleicht niemand uns nachglauben wird, daß er nicht existire), haben sehr viele Rechtslehrer die Behauptung wurzeln lassen: daß das römische Neuerecht bei uns nicht Statt finden könne, und dies ist es, was unseres Dafürhaltens ganz unrichtig sein dürfte und hier zunächst beleuchtet werden soll. Vielfach ist die Ausführung jener Behauptung versucht worden. Der oben angedeuteten Maximen zufolge sind wir darauf beschränkt, das Resultat der verschiedenen Versuche zusammenzufassen, besonders dies, da dieselben meist sich nur wiederholen, durchweg aber auf dasjenige reducirt werden können, was hier für den kurzen Inhalt der zu be-

---

Offenbarung gleich zu uns gekommenen Satz: daß die deutsche Lehre specifisch anders sei als die römische, ablegen will, möchte wohl das hier Behauptete nicht bestreiten. Wie nachtheilig solche hyperbolischen und schon darum nicht ganz passenden Vergleichungen, und die so verkleideten Lehrsätze wirken, besonders bei denen, zur Juristenkaste gehörigen Individuen, die nur immer das glauben, was ihr Lehrer ihnen mündlich oder gedruckt überliefert hat, es aber auch für sündlich halten, nur Etwas daran zu bezweifeln — dies bedarf kaum einer Erwähnung, und ebenso wenig, daß solche Diener und Thürsteher des Themistempels jene Sätze und damit auch die daran klebenden Irrthümer zumeist ins Leben treten lassen.

Vgl. übrigens über obige Gründe und deren auctores: Runde deutsches Privatrecht §. 184. Glück Commentar Bd. 4. §. 312.

streitenden Ausführung ausgegeben ist. Vertheidigt ist diese Annahme auch wieder von Thibaut *). Jene Gründe sind nun diese:

1) Bei den Römern war das ganze Institut der Reue aus dem Grundsatze derselben hergeleitet: ex nudo pacto nemo obligatur; und da bekanntlich dieser Satz bei uns wegfällt, so muß damit, als ihrem Fundamente, auch die Reue selbst nothwendig wegfallen.

2) Eine jede simpele conventio ist bei uns gleich stark verbindend, hat dieselben Wirkungen wie bei den Römern eine stipulatio. Bei den Stipulationen aber trat ein Reuerecht nicht ein, und es folgt hieraus, daß ein solches überhaupt auch bei uns unzulässig ist **).

Indeß möchten diese Behauptungen doch wohl keineswegs ihrem Zweck dienen, denn, wie hier auszuführen versucht werden soll, es beruhen dieselben theils auf solchen Voraussetzungen, theils sind sie falsche Folgerungen.

§. 64.

Daß bei den Römern das jus poenitendi aus der Rechtsregel derselben: ex nudo pacto nemo obligatur, hergeleitet gewesen sei, ist eine falsche Behauptung. Die Folgerung des obigen ersten Argumentes, daß mit dem Wegfallen dieses Glaubens auch das Reuerecht wegfallen müsse, ist mithin aus einer falschen Prämisse hergeleitet. Die Prämisse ist aber auch doppelt falsch. Einmal, weil es keineswegs Grundsatz der Römer war: ex nudo pacto nemo obligatur. Sodann weil darauf die Reue sich nimmermehr gründete. Erstere Regel ist nämlich überall dahin zu restringiren: daß

---

*) System §. 168.

**) Der Verfasser hat sich Mühe gegeben, irgendwo auch noch andere Gründe aufzufinden, allein überall wird man mit ihm nur diese aufgeführt sehen.

aus dem nudo pacto keine actio entstand, es demselben an der Klagbarkeit fehlte — eine obligatio gab das pactum nudum dennoch immer, d. h. wenn auch nicht obligatio civilis, so doch naturalis.

Um die Wichtigkeit dieser Restriction der obigen Regel aufzuzeigen, versuchen wir einmal, den Satz ohne eine solche consequent durchzuführen, und zwar namentlich in Bezug auf die Innominatverträge, um hiernach an der Qualität des somit gefundenen Resultates zu zeigen, wie verkehrt die nicht modificirte Regel sei. — Erzeugt nämlich das pactum nudum überall keine obligatio, so ist dies Verhältniß in Rücksicht der Contrahenten doch wohl gegenseitig vorhanden, es ist dann damit keiner zu irgend Etwas verpflichtet oder berechtigt worden — es ist, als ob das pactum gar nicht existire. Dies gilt natürlich auch bei unsern Innominatverträgen, denn gerade bei diesen soll ja eben jener Grundsatz sich in der Reue geltend machen. Also auch bei diesen könnte nach jener Ansicht gar keine obligatio entstehen. Wäre es anders, wollte man den Einen für verpflichtet halten und nicht so den Andern, so müßte man ja annehmen, daß ein pactum für einen Theil eine stärkere Pflicht erzeuge als für den andern, daß also die Parteienrechte ungleich wären, was doch gewiß nicht sein darf und nicht sein kann. Sollte es aber jemals sein können, so dürfte es wenigstens nicht vom Zufalle abhängen. Vom Zufall, reinen Zufall indeß würde es abhängig sein, ob einer und welcher der Contrahenten stärker als der andre verpflichtet wäre, wenn man etwa den, der erfüllte, für weniger verpflichtet erachten wollte — wie es in Rücksicht der Reue geschieht — weil es ja doch reiner Zufall bleibt, ob der Eine oder der Andere zuerst seine Leistung vornimmt. Kann und darf nun aber dies durchaus nicht vorausgesetzt werden, d. h. muß man annehmen, irgend ein Vertrag könne

nicht gleichzeitig für den einen Theil als pactum nudum erscheinen, während er für den andern verbindlich und klagbar sei, also zum contractus werde; namentlich nicht, daß dies von zufälligen Umständen ausgehen könne, so vermag auch keineswegs gesagt zu werden, daß die Reue die Folge der Unverbindlichkeit eines pacti nudi sei.

Würde dies vorausgesetzt, wäre die Rückforderung aus Reue deßhalb möglich gewesen, weil keine obligatio existirt habe, so wären wir mit dieser Reue in einen unauflößlichen Widerspruch gerathen. Daß eine conventio ungleiche Verhältnisse erzeuge, ist ja nicht anzunehmen; dieselbe muß mithin gegenseitige, und das gegenseitig gleich starke Rechte erzeugen, oder überall keine. Nun wird Letzteres prädicirt. Wo aber keine Rechte sind, giebt es auch keine Pflichten, denn beide sind correlat. Hieraus resultirt also Folgendes: der Empfänger der Leistung hatte keine Pflicht, das Empfangene zu restituiren, denn er hatte gar keine Pflicht, aber auch der Geber konnte nicht ein Recht haben zum Zurückfordern, denn auch er hat ja gar kein Recht. Wo aber dem Empfänger überall und gar keine Pflicht obliegt, etwas zurückzugeben, da dies ebenwenig, war er nicht erfüllt, als auch wenn der Gegner bereut: also kann der Empfänger auch nicht wegen seiner Nichterfüllung belangt werden. Gleichso konnte natürlich auf der andern Seite aber auch der Geber die Erfüllung nicht fordern, denn wer gar kein Recht hat, dem kann auch nicht das der Zurückforderung zustehen. Nun wird es gewiß jedermann absurd erscheinen, daß auch wegen Nichterfüllung dessen, der die Gegenleistung bereits empfieng, nicht geklagt werden könne, weil es dann ja für die dolose Vermögensbeeinträchtigung kein Mittel gäbe. Was aber bei consequenter Durchführung und, auf die Spitze getrieben, zur Absurdität wird, wie hier von unserm Satze gezeigt worden, das kann un-

möglich richtig sein; und ebendarum ist die Regel: ex pacto nudo nemo obligatur in ihrer Anwendung auf die Innominatverträge in dem bezeichneten Sinne durchaus verkehrt.

§. 65.

Wie wir hier versuchten, so können wir aber fortfahren, die Gegner mit ihren eigenen Waffen zu schlagen und jenen Widerspruch noch klärer zu zeigen, in dem sie sich mit ihren Meinungen und Lehren versetzen, wenn sie die Reue aus der minder verbindlichen Kraft der conventiones herleiten. Geben wir nämlich einen Augenblick zu, das Reuerecht sei in der That eine Folge jenes Grundsatzes gewesen: ex nudo pacto nemo obligatur, so ist doch, wie wohl noch niemand bestritten hat und wohl auch nicht bestreiten wird, dies mit der Limitation zu verstehen: ex nudo pacto nemo *civiliter* obligatur. Eine obligatio naturalis entstand doch jedenfalls aus dem pacto nudo, oder was gleichviel ist, die Regel heißt eigentlich: nuda conventio non parit actionem, sed parit exceptionem. Voraus gesetzt dies, so mußte doch auch bei einem Innominatvertrag sich wenigstens diese Wirkung einer exceptio äußern. Wenn nun also der Geber zurücktreten, das Geleistete zurückhaben wollte, so durfte der Empfänger diesem Begehren ja nur mit der exceptio pacti conventi entgegentreten, und der Anspruch des erstern zerfiel in nichts. Hatte die conventio nuda aber einmal die Wirkung, eine exceptio zu erzeugen, so mußte ihr diese Wirkung bleiben, auch wenn eine praestatio erfolgt war.

Konnte demnach dem Pönitirenden stäts und immer mit einer seine Klage verrichtenden exceptio begegnet werden, so ist dies ganz gleichbedeutend mit dem Satze: er hatte gar keine Klage und keine Befugniß zu bereuen, denn eine Klage ohne Wirksamkeit ist gleich keiner. Wollte ja der Verklagte von seiner Einrede keinen Gebrauch machen, was

gleich damit ist, daß er das Empfangene freiwillig restituirte, so bedurfte es überall keines Rechtes zur Reue; es konnte dann auch von keinem Rechte, was überall die Befugniß voraussetzt, jemanden gegen dessen Willen zu zwingen, geredet werden, vielmehr hatte man nun ein pactum novum dahin, daß das frühere pactum aufgehoben sein solle. Indem wir aber nach einem Recht zur Reue fragen, handelt es sich ja überall nur davon, ob auch wider und ohne den Willen des Empfängers die Reue Statt finden darf. Hatte dieser indeß diesen Willen nicht, so stand ihm ja immer auch bei einem pacto nudo die exceptio pacti zur Seite, womit die Ansprüche seines Gegners über Haufen fielen, womit also dieser gar keine hatte.

Daraus dürfte nun aber klar werden, daß das Reuerecht überall nicht ein Ausfluß der Regel: ex pacto nudo nemo obligatur sein kann. Wir hätten damit also auch unsern zweifachen Beweis geliefert: einmal, daß es falsch und vorliegend zu falschen Voraussetzungen führend sei, jenen Satz ohne Restriction zu verstehen; aber auch, daß es nicht weniger falsch erscheint, unsere Befugniß zum Pönitiren mit besagter Regel in irgend einen Zusammenhang oder eine Verbindung zu bringen.

§. 66.

Sahen wir nun oben, daß die consequente Anwendung jenes römischen Principes auf unsern Fall in ihrem letzten Resultat entweder zum Unsinn oder auf Widersprüche führe, so sind wir nun auch im Stande, zu behaupten, daß die Annahme, als ob das Reuerecht sich auf die mindere Giltigkeit und geringere verbindende Kraft der conventiones oder contractus innominati gründe, eine total irrige sei; ja daß diese Annahme diejenigen, welche ihr zugethan sind, ebenfalls mit sich selbst in Widerspruch setze. In der That

bleibt es zu verwundern, wie die hierin liegende Inconsequenz, die doch so ziemlich zu Tage zu sein scheint, jemals hat übersehen werden mögen.

Soll nämlich von einem Reuerechte die Rede sein, in jenem Sinne die Sache verstanden, worin wir davon vorliegend reden, wo sich dasselbe in der Rückforderung, Revocation irgend einer Leistung geltend macht, so ist soviel klar, daß niemand eine Leistung vergütet wollen kann, der nicht eine solche machte. So oft nun aber das Geben in Gefolge einer **conventio** geschehen war; die Leistung eines facere nach Vorschrift des Vertrages gemacht: so war damit die bisherige **conventio nuda** in einen **contractus** umgewandelt worden *). War dies nun auch ein namenloser Contract, so doch immer ein **contractus**, also ein bindendes Geschäft. Denn das war ja und ist gerade das Grundprincip des römischen Contractsystemes, daß jedes der unzählbaren Geschäfte, die in einem Staate vorkommen können, so oft und dann immer in einen **contractus** übergieng, wenn die Leistung einerseits hinzugekommen. Das Criterium und Wesen der **contractus** aber bestand gerade darin, daß daraus eine **actio** und **obligatio civilis** hervorgieng. Wenn nun also auch nicht ein als Species ausgezeichneter Contract, z. B. Depositum, so war ein solches Geschäft, wobei die Sprache von einem Reuerecht kommen konnte, das sich als repetitio einer Leistung kund that, jedesmal kein **pactum nudum** mehr, sondern es war gerade des letztern Gegensatz, eine **conventio, quae actionem pariat.** Es fehlte einem solchen Geschäfte also durchaus nicht an verbindlicher Kraft. Dies sagen und lehren nun auch jene Rechtslehrer selbst, indem auch sie von einem *contractus* **innominatus** reden. Um also diese Vertragsclasse in die gewöhnliche Ordnung

*) Vergl. oben §. 16.

einzureihen, rechnen sie dieselben unter die contractus, gestehen ebendarum eine actio und obligatio civilis zu; um aber das Neuerecht heute nicht gelten lassen zu müssen, versetzen sie dieselben wieder zurück unter die conventiones nudae. Beide Behauptungen, so unverträglich und einander widersprechend dieselben sich auch sind, finden sich ganz friedlich nebeneinander in einem und demselben System. So dreht man aus der conventio einen contractus und aus dem contractus eine nuda conventio; man läßt eine obligatio civilis und wiederum gar keine obligatio daraus entstehen, je nachdem es gerade in die oben nöthige Deduction passen will, oder passen muß.

§. 67.

Da nun die Innominatverträge durch sich selbst hinlänglich stark verbindend waren, ihnen an äußerer Kraft nichts abgieng; da ferner das Neuerecht bei der Voraussetzung, jene seien pacta nuda gewesen und aus dieserhalb ihrer niederen Verbindlichkeit das jus poenitendi resultirt, mit den Präliminarregeln nicht nur unvereinbar sein würde, sondern in dieser Voraussetzung auch seine eigene Widerlegung finden müßte, so wird nun die Behauptung keinem weitern Bedenken unterliegen: daß das erste der oben aufgeführten Argumente ohne alle Bedeutung, also eigentlich gar keines sei.

Wenden wir uns daher jetzt zum zweiten. Durften wir oben annehmen, daß das erste Argument eine falsche Prämisse habe, so dürfen wir hier sogar die beiden Prämissen dafür erklären, und obenein die Folge nicht weniger. Wir behaupten nämlich einmal, es sei falsch: 1) daß jede conventio bei uns die Wirkung einer stipulatio der Römer habe; ferner 2) daß bei den Stipulationen das Neuerecht weggefallen sei; und dann 3) daß, wenn letzteres

auch sein sollte, darum doch noch nicht gleichmäßig bei uns das Neuerecht wegfallen müsse.

Zu 1. Man muß es für durchaus verkehrt halten, wenn gesagt wird, bei uns habe jede conventio nuda die Wirkung einer römischen stipulatio. Schon oben ward das Verderbliche dieser Hyperbel angedeutet. Für so allgemeingiltig der Satz angesehen, sollte man ja glauben, Alles, was in Rücksicht des dolus, der mora u. s. w. bei der römischen stipulatio Statt gehabt habe, müsse bei uns in Rücksicht eines jeden Vertrages gelten. Das aber wäre ja doch durchaus falsch, weil die stipulatio bei den Römern einen jeden contractus zum contractus stricti juris umwandelte, während bei uns alle Verträge bonae fidei sein sollen. Man muß also richtiger umgekehrt sagen: unsere conventiones haben keineswegs die Wirkungen einer römischen Stipulation. Und somit reducirt sich Alles, was im obigen Satze Wahres bleibt, vielmehr auf die simpele Lehre: „daß bei uns ein jedes pactum nudum klagbar ist" *). Wer nun etwa, um seinen Glauben an diesen Satz aufrecht zu erhalten und zu verstärken nöthig haben, oder für dienlich erachten möchte, sich dabei jedesmal an eine römische Stipulation zu erinnern, der mag das thun. Allein diese Vergleichung und Nebenvorstellung ist an sich so unwesentlich wie unnütz. Denn Klagbarkeit hat keine Stufen, und eine stipulatio war niemals mehr klagbar wie das pactum, welches bestätigt worden, oder auch wie ein jeder andere bonae fidei contractus. Damit ergiebt sich also die Falschheit der Behauptung, daß unsere conventiones den römischen stipulationes gleich wären, was aber nur darum

*) „Wie bei den Römern eine stipulatio" — kann man dann hinzusetzen, etwa um einem juristischen Angänger die Heiligkeit unserer Verträge recht anschaulich und triftig zu machen — und anders scheint damit ja doch nichts gewollt zu sein.

hier bemerklich gemacht wurde, weil in der That aus einer solchen Behauptung argumentirt worden ist.

§. 68.

Lassen wir nun die Erörterung zu 2.: ob nämlich bei den Stipulationen ein Reuerecht nicht eingetreten, bis wir mit der zu 3.: daß, wenn ersteres auch der Fall gewesen, dies doch heute nicht so sein möge, zu Stande gekommen — wozu wir uns jetzt wenden wollen. Hier wäre dennoch unsere Aufgabe die: darzuthun, daß, wenn ein Realvertrag bei den Römern durch eine stipulatio zum formellen Contract umgeschaffen worden und nun dieserwegen die Reue ausgeschlossen gewesen sei, darum noch nicht gesagt werden dürfe, daß nun gleichmäßig bei uns jedesmal die Reue wegfallen müsse — obgleich bei uns die nuda conventio so stark verbindend sein möge, wie bei den Römern eine stipulatio.

Wir sahen oben, daß die Innominatverträge auch bei den Römern contractus im eigentlichen Sinne waren, daß dieselben eine obligatio civilis und actio civilis producirten. Da nun in dieser Rücksicht das Product der stipulatio nichts Anderes war, als daß solche ebenfalls eine obligatio und actio civilis im Gefolge hatte, so standen diese und jene insoweit gleich. Ja eine solche actio war vernünftigerweise das höchste Resultat, was irgend eine conventio haben konnte. Es ergiebt sich daraus, daß der Realvertrag, um das Letzte und Höchste aller und jeder obligatio zuwege zu bringen, keineswegs der Beihilfe der Form einer stipulatio bedurfte — weil er das, diese Wirkung, mit ihr ohnedies gemein hatte. Wäre daher, so oft ein Realvertrag unter der Form einer Stipulatio erschienen, ein Reuerecht nicht zulässig gewesen, so hätte dies keineswegs darin seinen Grund haben können, daß er nun damit etwa mehr verbindlich, mehr

klagbar geworden wäre — eben weil er bereits in vollem Maße verbindlich und klagbar war und eine Gradation der Verbindlichkeit und Klagbarkeit nicht nur undenkbar bleibt, sondern reiner Unsinn ist. Eine solche Erscheinung hätte also in etwas Anderem ihren Grund haben müssen, denn wir sehen dieselbe mit der vollen actio et obligatio civilis durchaus verträglich. Was hätte dies nun anders sein können, was solche besondere Wirkung erzeugte, wenn nicht der einzige Umstand: daß durch stipulatio der contractus und die diesfällige actio zur actio stricti juris geworden war — eine andere besondere Folge der stipulatio, ein anderer Unterschied zwischen einer solchen und einem Realvertrag gab es nicht. Es wäre jenes Wegfallen also etwa darum gewesen, weil bei der stipulatio gerade nur das versprochene dare und facere, nicht aber das nicht versprochene reddere gefordert werden konnte *). Wenn nun aber bei uns Deutschen der Grundsatz vorherrscht, daß alle Verträge gleich den römischen Stipulationen verbindend sind, so kann dies unmöglich den Sinn haben, daß überall nicht und niemals etwas angesprochen werden dürfe, als was gerade in dem Buchstaben der Zusage, sponsio et promissio, gelegen, denn sonst wäre damit ja gesagt: alle unsere Verträge wären stricti juris, wir müßten alle unsere Klagen als actiones stricti juris behandeln, woraus sich denn consequent weiter ergiebt, daß dieselben rücksichtlich des dolus, der mora u. s. w. dieselben und keine andere Wirkungen äußern dürften, als bei den Römern eine Stipulation. Solche Meinung kann aber unmöglich in jener Regel enthalten sein sollen, weil ja gerade — auch nach der Behauptung der Gegner — umgekehrt, bei uns alle actiones für bonae fidei

*) Obgleich dieser Grund gar nicht existirt, so hätte er doch, vorausgesetzt die Richtigkeit der gegenseitigen Ansicht, nur der einzig mögliche sein können, so paradox dies auch klingen mag.

declarirt werden müssen. Wenn darum auch es in der That an dem wäre, daß bei einer römischen Stipulatio kein Neuerecht Statt gefunden hätte, so wäre dieser Satz gerade einer von den Folgen der stipulatio gewesen, die wir als in unsere Anwendung des Römerrechtes nicht übergegangen anerkennen. Damit muß aber unsere Aufgabe für diesen Punkt als gelöset erscheinen *).

§. 69.

Es ist nun daran, uns zu der Nachweisung — oben §. 67. zu 2 — zu wenden, daß bei den Römern das Neuerecht bei jenen Innominatverträgen, die in der Form einer stipulatio auftraten, nicht unstatthaft gewesen sei.

Freilich dürfte diese Untersuchung, vorausgesetzt die Richtigkeit des Vorigen, eine mäßige erscheinen. Denn ergiebt die versuchte Erörterung, daß, wenn auch bei den Römern das Neuerecht bei Stipulationen gerade wegen dieser Vertragsform sich nicht geltend machen konnte, dies nun

---

*) Wollte man die Unrichtigkeit der hier angefochtenen Meinung noch mehr aufweisen, so ließe sich in der That die Verkehrtheit solcher Anwendung der Rechtsregeln, wie sie bei jener versucht wird, bis zur Absurdität steigern. Diejenige Wirkung der **stipulatio** nämlich, wonach man von einem einmal geschlossenen Vertrag nicht mehr soll zurücktreten können — das Rückforderungsrecht ist ja nur eine weitere Folge des Rücktretungsrechtes — könnte ebenwohl nur diejenige Seite der Wirksamkeit einer **stipulatio** sein, daß das Zugesagte immerdar erfüllt werden mußte. Nun kann aber nicht bestritten werden, daß auch z. B. das **mandatum**, die **locatio conductio**, **societas etc.** in Form einer Stipulation eingegangen werden mochte. Wäre aber die Wirksamkeit einer **stipulatio** dahin gegangen, daß man das Zugesagte immer erfüllen mußte, davon abzugehen niemals gestattet gewesen, so hätte man ja ein Mandat, eine Locatio, eine Societas ꝛc., die in das Gewand einer Stipulatio gekleidet gewesen, nimmermehr aufrufen gekonnt, mochten die sonst in dieser Rücksicht ausgenommenen Fälle auch existiren, Dies dürfte aber sicherlich einigermaßen abenteuerlich lauten!

dessenungeachtet bei uns nicht einzuwirken vermöge, weil wir diese Wirkung der stipulatio keineswegs recipirt haben, so kann es eigentlich weiterhin gleichgiltig sein, ob eine solche Wirkung bei den Römern in der That bestand oder nicht. Allein nicht nur die Vollständigkeit dieser Erörterung, sondern auch, und dies besonders, der Umstand, daß es wesentlich zur Charakteristik unseres jus poenitendi gehören wird, zu wissen, ob dasselbe auch bei stipulationes sich geltend zu machen wußte, diese Rücksichten erheischen, daß wir uns auf die Untersuchung einlassen.

Jene Behauptung, daß bei einer stipulatio das Reuerecht aufgehört habe, wird, wo man dies überhaupt der Mühe werth geachtet hat, durch mehrere Gesetzesstellen unterstützt und belegt. Sie alle speciell aufzuführen und zu widerlegen, wäre nicht unähnlich dem Beginnen des weiland Ritter Don Quixote gegen seine Windmühlen. Halten wir uns daher an die gepriesensten. Diese sind aber:

const. 3. 4. C. de rer. perm. (4. 64.)

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Leontio.

Const. 3. cit. (4. 64.)

Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat neminī actionem competere: nisi stipulatio subjecta, ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem *).

Was ist nun hiermit gesagt? Ueberall nichts, als was wir anderwärts her schon längst wissen, daß nämlich nuda pacta nicht klagbar seien. Diese Regel allein wenden vorliegend die Kaiser an. Im untergebenen Falle hatte bloß ein placitum permutationis, nulla re secuta Statt gefunden. Das Geschäft war also ein bloßes pactum de permutando. Aus einem solchen, sagen die Kaiser, wie auch uns anderwärts her bekannt geworden, entspringt, so lange nicht die **res secuta est**, keine Klage, es sei denn, daß dies

---

*) Cf. Höpfner Commentar §. 801. Note 4. ibique citati.

pactum in Form einer stipulatio abgeschlossen worden, indem solchenfalls die verborum obligatio eine Klage erzeuge. Was aber hat diese Aeußerung, fragen wir weiter, mit unserer vorliegenden Frage für eine Gemeinschaft? Es kann gar nicht nöthig sein, länger hierbei zu weilen. Wir kehren uns daher sofort zu der andern Stelle.

Impp. Iidem, eidem Leontio.

Cum precibus tuis expresseris, placitum inter te et alium permutationis intercessisse, eumque fundum a te datum vendidisse contra emtorem quidem te nullam habere actionem perspicis, cum ab eo susceperit dominium, cui te tradidisse titulo permutationis non negas. Sed si secundum fidem placiti stipulatio subjecta est, successores ejusdem cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis. Si vero nulla stipulatio intercessit, praescriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causa non secuta, restituatur.

Der Fall ist folgender: Leontius hatte ein Grundstück weggegeben, um dafür ein anderes zu erhalten, also einen Tauschvertrag eingegangen und seinerseits denselben erfüllt. Die Gegenleistung indeß war ausgeblieben, während des Leontius Mitcontrahent das empfangene Grundstück bereits weiter verkauft hatte, und (weil vom Belangen der *successores* geredet wird) auch schon gestorben war. Leontius will nun wissen, ob er nicht das Grundstück von dem dritten Besitzer vindiciren könne. Allein hierauf rescribiren die Kaiser ebenso einfach als gerecht: „daß ihm eine Klage gegen „den dritten Käufer des fundus und Singularsuccessor des „andern Paciscenten nicht zustehe, sehe er wohl ein — denn „da beim Tausch das Eigenthum sofort auf den letztern „übergegangen war, so war dies auch in der Veräußerung

„an den Dritten wieder giltig auf diesen übertragen — aber, „fahren die Kaiser fort, sobald er sich durch eine stipula- „tio noch besonders die Erfüllung des Vertrags habe ver- „sprechen lassen, stehe seiner Klage gegen die Erben seines „Gegners nichts im Wege. Selbst aber, wenn auch keine „Stipulation hinzugetreten, so habe er eine actio praescri- „ptis verbis, die er sowohl auf Erfüllung des Vertrags, „als auf Restitution des Hingegebenen zu richten vermöge.“ Daß hier überall von einer Reue und deren Wegfallen nicht geredet wird, liegt zu Tage — denn es war offenbar dem Leontius um Erfüllung, d. h. um Schadloshaltung zu thun, und handelt sich daher nicht von einer Reue. Wahr ist es hierbei, daß die Kaiser in dem einen der von ihnen suppo- nirten Fälle — si stipulatio subjecta esset — überhaupt nur von einer Klage reden, eine solche im Allgemeinen ge- statten; in dem andern Falle aber — si stipulatio subjecta non esset — zugleich die zwiefache Tendenz der Klage be- zeichnen. Allein wer nun hieraus folgern möchte: nur in dem letztern habe eine Reue Statt finden können, der irrt aus einem doppelten Grunde und übersieht zugleich eine wichtige Wahrheit — darum wichtig, weil sie sehr einfach scheint. Einmal nämlich folgt daraus, daß in dem einen Fall bloß von convenire, nicht auch dem möglichen Resul- tat dieses convenire, wie dies im zweiten Falle geschieht, geredet wird, keineswegs, daß bei jenem erstern ein gleiches Resultat bestritten oder versagt werde; vielmehr ist es in concreto sehr einfach, daß die Kaiser, indem sie die Klage an sich absprechen, auch von deren Resultat nicht reden konnten, was ja völlig unnütz und selbst sinnlos gewesen wäre. Sodann konnte bei der Klage, die aus der stipu- latio resultirte gar nicht von Reue die Rede sein, da mit der actio ex stipulatu nie anders als auf Erfüllung geklagt werden durfte, vielmehr das Reuerecht dabei mit der con-

dictio causa data, causa non secuta geltend zu machen war. In dieser letztern Regel liegt denn auch die einfache Wahrheit, die man bei der Sache gänzlich übersehen hat.

§. 70.

Es wird nach diesen Erörterungen erlaubt sein, die Behauptung aufzustellen, daß in unsern Gesetzen wenigstens nicht ausgesprochen sei, bei einer stipulatio solle ein Reuerecht nicht Statt haben, insofern dieselbe zu einem Realvertrag getreten wäre. Eine andere Frage ist es aber, ob nicht diese Limitation in der Natur der Stipulatio, so wie wir dieselbe aus den diesfälligen Erörterungen der Römer kennen, gelegen sei; mithin, daß dieselbe sich von selbst und jedesmal als Folge haben äußern müssen, so oft ein Vertrag in ihrem Gewande erschien. Allein auch dies scheint schlechtweg verneint werden zu müssen. Stipulatio war nichts anders als eine allgemeine Form, worin den an sich nicht klagbaren conventiones zur Klagbarkeit verholfen ward. Von ihr machte es gleichsam der Gesetzgeber abhängig, ob er den Willen der Paciscenten für ernstlich ansehen wollte — der Richter hatte hierin ein Zeichen, daß die conventio vollständig und darum erzwingbar war. Die Form der stipulatio, wo dieselbe angewendet ward, war keineswegs eine Umänderung dessen, was an sich in der conventio lag, sie war nicht eine Modification irgend einer conventio, d. i. des Willens der Parteien, sondern eine Bestätigung desselben. Letztere aber, ob sie von einer Behörde, oder von den Parteien ausgehe, ändert an dem Wesen nichts.

Pauli L. R. V, 7, 1.

Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt.

Auf das Wesen der Verhältnisse, auf die, man möchte sagen, inneren Rechte der Parteien hatte dieselbe gar keinen

Einfluß, weil das Wesen nie von der Form, worin der Wille der Contrahenten sich bloß vorzeigt, abhängig sein und modificirt werden darf, sondern nur in dem Willen selbst besteht, von dem Inhalte dieses Willens regieret wird. Die Natur des Vertrags, welche von der Absicht der Contrahenten, von der Tendenz der conventio relevirt, wird durch die stipulatio nicht geändert. Gut ist dies in folgender Stelle ausgesprochen:

Paulus Lib. 3. quaestionum
fr. 126. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)

Superest quaeramus, an ex numeratione ipse, qui contraxit, pecuniam creditam petere possit? Nam quoties pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum: Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, *non est dicendum, recessum a naturali obligatione.*

Freilich muß anderseits behauptet werden — weiter aber werden wir auch nicht gehen dürfen —: daß die Klage aus der stipulatio nie auf irgend etwas mehr gerichtet werden kann, als was gerade in der Zusage gelegen. So nicht auf das Interesse (weit verschieden von der aestimatio); oder nicht auf Etwas, das die obligatio zufällig quantitativ vermehrte, z. B. Verzugszinsen. Die actio ex stipulatu ist stricti juris, und dies ist sehr natürlich; denn wenn die gerichtliche Giltigkeit einer conventio von irgend einem Zeichen, von der äußern Gestalt abhängig gemacht ist, so kann jene Giltigkeit auch gerade nur so weit und nicht weiter reichen, als dies Zeichen, diese Gestalt sich kund geben — nur gerade das Zugesagte kann angesprochen werden.

Unser Neuerecht war nun keineswegs und in keiner Weise etwas Zufälliges; nicht Etwas, das durch einen außerhalb dem Vertrage selbst liegenden zufälligen Umstand erst erzeugt wurde, z. B. etwa durch mora des Empfängers,

sondern es war von vornherein mit der conventio selbst gegeben; es haftete unablößlich an dem in der conventio liegenden Willen; es war, gerade so wie das Recht zur Erfüllung, mit dem Vertrage zugleich entstanden, und gehörte insofern zum innersten Wesen desselben. Nach dem darzustellen versuchten, äußern System war es eine natürliche Folge des Realvertrags, gleichso wie es dessen und vieler andern Verträge Folge war, daß im Falle der Unmöglichkeit eine praestatio der versprochenen Leistung, die aestimatio, gegeben werden mußte. — An solchen im Wesen der conventio selbst gelegenen Eigenschaften des Rechtsverhältnisses konnte aber begreiflich die mehr zufällige Form, als was eine stipulatio sich überall darstellt, keineswegs etwas ändern. Darum auch konnte, wie hier zuletzt zu bemerken bleibt, die stipulatio auf das Neuerecht keine Wirkung äußern.

§. 71.

War nach der bisherigen Deduction weder in der Natur der stipulatio etwas enthalten, was das Neuerecht hätte betreffen, modificiren, oder aufheben können, noch auch — wohl eben darum — hieran etwas durch positive Sanction geändert, so folgt die Richtigkeit des Satzes, den zu erweisen wir unternahmen, von selbst: daß nämlich bei stipulationes überhaupt und besonders dann, wenn diese die Form eines Realvertrages überkleidet, das Neuerecht nicht aufgehoben sei. Kann nun auch die Richtigkeit dieses Resultates mit Grund wohl nicht bestritten werden, so gelingt vielleicht dennoch dasselbe überdies, als in unseren Gesetzen ausdrücklich anerkannt nachzuweisen — was wir jetzt versuchen wollen. Wir glauben hierbei mit demjenigen auszureichen, was in der einen folgenden Stelle enthalten ist.

Paulus Lib. 5. ad Plautium
fr. 30. D. de reb. cred. (12. 1.)

Qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.

Die Veranlassung dieses Ausspruches mochte, wie auch die Glosse bestätigt, folgender Fall sein. Jemand versprach einem römischen Fönerator, ein von diesem zu erhaltendes Darlehen hoch zu verzinsen, und dieser, um sich des Schuldners und somit der Zinsen zu versichern, läßt sich das Schuldinstrument bereits aushändigen und bringt es obendrein noch zur förmlichen Stipulation. Nun soll späterhin, als der Fönerator das Geld wirklich zahlen will, der promissor ungeachtet der stipulatio berechtigt sein, vom Vertrag abzugehen, d. h. den Empfang des Geldes zu weigern. — Mag indeß der Fall auch noch einfacher sein. Sei es, daß über das Darlehen und dessen Folgen — Zinsenzahlung und Rückgabe ꝛc. (anders kann ja die promissio des Empfängers keinen Sinn und keinen Inhalt haben) — eine einfache Stipulation abgeschlossen worden, also ein Schuldschein noch nicht übergeben, so ist in jener Stelle doch jedenfalls dem promissor die Befugniß zugestanden, das Darlehen ungeachtet des feierlichen Versprechens nicht anzunehmen; die durch Stipulation von ihm übernommenen Verbindlichkeiten aufzusagen. Offenbar ist dies ein Fall der Reue. Wenn nun auch zwischen diesem Falle und dem eines contractus innominatus der Unterschied besteht, daß hier immer eine Leistung bereits gemacht worden, während dort vielleicht noch nicht und hier bei der Reue vorausgesetzt wird, daß der Leister dieselbe geltend mache, so kann das überall nichts thun, da es sich vorliegend nur davon handelt, welche Wirkungen eine stipulatio an sich auf das Wesen und die Parteienrechte bei einer conventio habe. In dieser Rücksicht erfahren wir nun hier direct, daß es dort, wo es an sich gestattet war zurückzutreten — beim pacto de mutuo acci-

piendo *) — nun auch an diesen Verhältnissen durch die stipulatio keine Veränderung begründet ward **).

Aus den generellen Wirkungen der stipulatio muß aber mit Nothwendigkeit, und kann mit Sicherheit auf die speciellen Wirkungen derselben im Falle eines Innominatvertrages geschlossen werden. Sind nun die erstern nicht dahin gerichtet, daß die sonst zulässige Reue, daß ein jeder anders erlaubte Rücktritt cessire — warum sollten die letztern bei einem Realvertrag anders sein? Dafür hat man und giebt es überall keinen Grund: also ist es nicht. — Wollte jemand etwa einwenden, in dem Falle des fr. 30. cit. sei der Rücktritt gestattet, weil der Reuende allein bei der Vollendung des Darlehensvertrages, bei der Verwirklichung des Darlehens hätte interessirt sein können, so ließe sich ihm antworten, daß in hundert Fällen es ebensosehr den Gläubiger, den Fönerator interessire, nicht nur überhaupt sein Geld unterzubringen, sondern auch gerade es nur bei dieser bestimmten Person, unter den bestimmten Verhältnissen anzulegen. Ohnedies aber würde ein solcher Einwand vorliegend schon darum alle seine Bedeutung verlieren, weil es hier ausdrücklich für eine Befugniß des promissor erklärt wird — in *potestate* habet — des Darlehens Annahme zu weigern, woraus sich ergiebt, daß der Andere etwas dieser Befugniß Entgegenstehendes geltend machen wollte, also daß dieser ein Interesse dabei haben mußte, dem promissor das Geld aufzunöthigen ***).

---

*) Wohlverstanden, dies liegt im untergebenen Falle nur beim accipiens in der Natur der Sache, beim mutuo promittens würde es insofern anders sein, als dieser zurücktreten darf, weil und sobald es an der Form fehlt.

**) In fr. 126. cit. wird dies so ausgedrückt: non recessum est, a naturali obligatione.

***) Man vergleiche noch fr. 4. D. quae res pign. (20. 3.). fr. 11. pr. D. qui potiores in pign. (20. 4.)

§. 72.

Bevor diese Deduction, die freilich weit genug ausgesponnen erscheinen dürfte, deren Mangelhaftigkeit also auch nur im Gehalt wird liegen können, gänzlich geschlossen wird, sei es gestattet, noch zwei Argumente, die dem Verfasser häufig begegnet sind, zu beleuchten, welche, indem sie geeignet sein sollen, theils das Reuerecht zu erklären, theils die Gränzen seiner Anwendung zu fixiren, ebenfalls keine andere Tendenz haben, als demselben, das hier in Schutz genommen ist, Eintrag zu thun. Dieselben betreffen sowohl das jus poenitendi an sich, als auch die heutige Anwendung desselben, und darum mögen solche — als nach unserer Meinung nicht viel, nach der Anderer vielleicht mehr bedeutend — dem Ende unserer Erörterung hier anhangsweise noch zugegeben sein.

Es werde, so sagen Manche *), bei einem Innominatvertrag die erste Leistung gemacht, in der Absicht, den andern, den Empfänger sich, nicht umgekehrt sich dem Andern, zu verpflichten. Weil es nun überall auf die Absicht der Contrahenten ankomme, diese Absicht allein das Entscheidende sei, so müsse es ebendarum dem leistenden und darum noch nicht verpflichteten Theile erlaubt sein, zurückzutreten, d. h. auf sein Recht, das in der Gegenleistung besteht, zu verzichten und seine gemachte Leistung zurückzunehmen.

Mit diesem Argumente hatte man nun auch zugleich einen Grund für das Reuerecht aufgefunden, um den man sich eigentlich doch stäts verlegen zeigte, nämlich in der Nichtverbindlichkeit des Leisters. Allein das Unhaltbare dieser Behauptung scheint in die Augen zu leuchten. Es wird ja zu einem jeden Vertrag, einer jeden conventio, sei von einem pactum oder contractus die Rede, ein beider-

*) z. B. Lauterbach l. c.

seitiger Consens erfordert, eine gegenseitige Erklärung, ein wechselseitiger Wille, sich zu verpflichten — sei dies nun der eine, wie bei Schenkungen — oder beide, die verpflichtet werden sollen; der Wille, die Absicht, einen oder auch beide zu verpflichten, ist doch jedenfalls beiderseitig, in ihm erst besteht die conventio. Dieser Wille, die conventio, geht nun aber stäts der Leistung selbst vorher. Da soll dann nun, nach römischer Theorie, bei einigen Willensvereinigungen überdies außer dem mutuus consensus freilich noch eine res hinzukommen müssen, bevor dieselben klagerzeugend werden, in die Kategorie der contractus gehören sollen — allein nichts desto weniger wird auch hier der Wille zu contrahiren, d. h. bei einem zweiseitigen Vertrag sich gegenseitig zu verpflichten, vorhanden sein *). Dieser gegenseitige Wille ist das essentiale eines jeden Vertrags, ja nur hierin besteht jeder Vertrag **), und darum muß dasselbe ebenso beim Realvertrag vorhanden sein, wie bei jedem andern, er muß der res jederzeit vorangehen.

Bei obiger, hier bestrittenen Ansicht wird das Motiv der Contrahenten mit der Folge des Vertrags verwechselt. Wohl mag der Vertrag eingegangen werden, um sich die Leistung, die Sache eines Andern zu verschaffen, und insofern läßt sich sagen: um den Andern sich zu verpflichten. Allein dies ist lediglich Motiv des Contrahenten. Wenn nun auch nach der Leistung, als der Fortsetzung des Mittels zum Ziel, die Gegenleistung nämlich zu erringen, so ist sie unmittelbar doch nur die Folge der Willensvereinigung des Vertrags. Darum ist die Absicht der Leistung in rechtlicher Rücksicht nichts anderes als Erfüllung der Zusage — so ist der Vertrag die Folge des Motivs, die Leistung aber die Folge des Vertrags.

*) fr. 3. pr. D. de pollicit. (50 12.)
**) fr. 1. §. 2. 3. D. de pactis (2. 14.).

Um sich übrigens practisch durch Anschauung von der Unrichtigkeit der obigen Meinung zu überzeugen, denke man sich den wohl nicht seltenen Fall: daß A gerade ein besonderes Interesse daran hatte von B dessen Factum oder Sache zu erlangen und der letztere bloß aus Gefälligkeit die in Form eines Realvertrags bedungene Leistung sofort vollzieht — während der A, zufrieden seine Absicht zunächst erreicht zu haben, die versprochene Gegenleistung unterläßt. Hier hat B gewiß ein jus poenitendi — gewiß aber hat er dasselbe darum nicht, weil er in der Absicht gegeben, den Andern sich und nicht sich dem Andern zu verpflichten; denn eine solche Absicht war undenkbar *).

§. 73.

Mitunter ist auch die Behauptung aufgestellt worden, daß die Reue bei solchen Realverträgen wegfallen müsse, die, wenn auch ursprünglich zu den innominatis gehörig, jetzt eigne Namen hätten, damit aber aufgehört, Innominatverträge zu sein, z. B. permutatio, aestimatio.

Es scheint nicht anders, als wenn hierbei das Reuerecht für eine Folge des Umstandes angesehen worden, daß die einzelen jener ganzen Klasse von Verträgen, die innominati geheißen sind, des Vorzuges eines Namens entbehrten. Wir wollen das Lächerliche dieser Ansicht nicht hervorheben, sondern in wenigen Worten eine mehr ernstliche Widerlegung zu geben versuchen.

---

*) Jene Absichten und Motive sind innere Beweggründe, die als in **mente retenta nil operantur** und darum hierortes keine Rücksicht verdienen können. Wir müssen daher sagen, die Leistung geschieht immer, weil sie versprochen worden, mit diesem Versprechen aber zur Pflicht der Contrahenten erhoben ward — mindestens überall zur s. g. **obligatio naturalis.** Wie wenig übrigens jene Gründe heißen können, wird sich besonders bemerklich machen bei einer **stipulatio**, wenn man hierbei nämlich an ein Reuerecht und dessen Zulässigkeit denkt.

Einmal ist nach den obigen Deductionen das Zurücktreten von einem Vertrag der bloßen Sinnesänderung wegen etwas allen Verträgen an sich Gemeinschaftliches, eine Qualität, die allen zukömmt, so lange sie nicht besonders durch Gesetze aufgehoben ist. Wo also eine positive Bestimmung nicht vorliegt, die jene Befugniß als ein Ergebniß der natürlichen Willensfreiheit modificirt oder gänzlich zerstört *), da muß solche mit voller Wirksamkeit eintreten. Bei keinem der Verträge, die oben gemeint sind — permutatio, aestimatio etc. — ist nun, ob sie auch ihres häufigen Erscheinens wegen eigne Namen führen mochten, in Rücksicht des Reuerechtes etwas Besonderes angeordnet. Schon darum muß es bei den Bestimmungen bleiben, die eigentlich für alle conventiones gelten. Will man nun aber unser Reuerecht als ein generisches Merkmal jener Klasse von Verträgen ansehen, die im System unter dem Namen contractus reales innominati stehen, so ändert dies an der Unrichtigkeit jener andern Ansicht nichts. Immer gehören ja jene Verträge, sei es auch, daß sie im Laufe der Zeit zur Taufe gelangten, noch zu diesem Genus, wofür das Reuerecht besteht, uud sie müssen ebendaher auch denen für das ganze Genus vorgeschriebenen Regeln sich unterwerfen. — Dies ist denn auch die Ansicht unserer Gesetze, indem namentlich bei einer permutatio die Reue gestattet sein soll **).

§. 74.

Das Resultat der bisherigen Erörterungen und Deductionen möchte nun, nach des Verfassers Dafürhalten, sich in dem Folgenden kürzlich aussprechen lassen.

---

*) Es kommt hierortes nicht darauf an, und soll auch keineswegs bestritten werden, ob dies Aufheben der schrankenlosen Freiheit im Staate nicht wünschenswerth und selbst sehr nöthig sei!

**) Const. 4. C. de rer. perm. (4. 64.)

Das Neuerecht, jus poenitendi, ist keinesweges etwas Singuläres; nicht etwa eine nur bei den ungenannten Realverträgen sich geltend machende Erscheinung; es gilt nicht nur bei diesen, sondern es gehört zum Wesen jeder conventio. Daher findet sich dasselbe bei vielen Verträgen angewendet. Ohne Ausnahme gilt es aber bei allen jenen Realverträgen, die zu den s. g. innominatis gehören, einerlei in welcher Form sie sich nebenbei darstellen, und einerlei auch, was der Gegenstand des Vertrages gewesen *).

Es giebt auch keinen Grund, warum das Neuerecht nicht in gleicher Allgemeinheit bei uns zur Anwendung kommen sollte, als worin es sich bei den Römern geltend machte. In der That wenden wir dasselbe mitunter an, so z. B. bei der societas, dem mandatum u. s. w.

Da wir das römische Recht in seinem ganzen Complex, d. h. in dem Sinne und Geiste recipirt haben, wie es zu den Zeiten Justinians gegolten und von diesem uns überliefert ist; da Justinians Compilation selbst nichts anderes ist als ein Abbild **) jenes Geistes; da ferner wir hierin das Neuerecht in dem Typus vorfinden, wie es — so müssen wir noch zur Zeit und unseres Theiles meinen — vorliegend dargestellt und charakterisirt ist: so ist das Neuerecht in dieser bezeichneten Gestalt keineswegs von der Reception ausgeschlossen — umsoweniger dies, da nirgendwo nachgewiesen ist, daß dasselbe mit unsern, die Anwendung des Römerrechtes modificirenden deutschen Rechtsprincipien nicht verträglich sei.

Was nun insbesondere den hier berührten Geist des Deutschthums betrifft, auf den man sich berufen möchte, der

---

*) **Stipulatio** und **transactio** machen also nicht, wie gewöhnlich behauptet wird, Ausnahmen.

**) Wenn freilich in einzelnen Zügen, und mitunter sehr starken und grellen Zügen verstelltes Abbild — aber doch immer ein Abbild.

sich aber nirgends hat nachweisen lassen, so dringt sich dabei eine leidige Wahrheit auf, die man mit des großen Dichters Worten ausrufen möchte:

Was man den Geist des Rechtes heißt,
Das ist im Grund der Herren eigner Geist!

Wo doch findet sich dieser Geist des deutschen Rechtes bei irgend einem Gepräge unserer Institute vorleuchtend oder durchschimmernd? Bei welcher Bestimmung unseres deutschen Rechtes ergiebt sich eine solche Richtung deutscher Grundsätze, womit jenes Neuerecht unverträglich wäre?

In den ältesten deutschen Rechtsquellen, die aber am wenigsten von denen gehörig erkannt sein können, die, um klar und sicher auf den Grund zu blicken, diesen Grund verwirrend aufwühlten, und, wähnend, so denselben ihrer Kurzsichtigkeit näher gebracht zu haben, eben dieser Kurzsichtigkeit wegen nicht ahnen mochten, daß sie mit ihrem wirren Beginnen eine ewige Trübniß veranlaßt hätten, durch die nun kein klarer Blick Anderer durchzudringen vermag — in diesen Quellen findet sich, ungeachtet es behauptet worden, nichts der Art.

Wohl aber möchte man das Gegentheil ahnen und erkennen, wenn man mit Bedacht hinschauet auf jene Denkmale und Fragmente der altgermanischen Verfassung, die, im Ganzen ein Spiegel des Volkscharakters, am deutlichsten im Gerichtsverfahren sich kund giebt. Nicht zu erwähnen der bereits oben gewürdigten Biederkeit, die man an den alten Germanen aufgespürt — und die doch so treffliche Kunde giebt von seinem Charakter — indem man weiß, daß er seinem Kriegs- und heimathlichen Gefährten (der ihm vielleicht eben kurz vorher in der Schlacht den tödtenden Hieb aufgefangen), für eine elende Spielschuld (die dieser, bei den häufigen Trinkgelagen, überdies halb bewußtlos contrahirt haben mochte) in die ausländische Sclaverei

(bei der gleichfalls als Tugend gerühmten und sehr begreiflichen Vaterlands- und Freiheitsliebe doch wohl die höchste und härteste Schmach) verkaufen konnte, ohne ein menschlich Rühren zu empfinden, indem man weiter weiß, daß dies nicht aus Noth und eignem Bedürfniß geschah, sondern aus Gewinnsucht *) — dürfte sich auch sonst Manches gegen solche Annahme sagen lassen. Wenn man es nur wagen will, an diese Thatsachen, die uns Tacitus vorlegt, den Maßstab eines eigenen Urtheiles zu legen, und nicht durch die trübe Brille des Vorurtheiles, das jenen Tacitus doppelt in seinem Urtheile hemmte, nämlich im Enthusiasmus für die Germanen, wie in der Nichtachtung der Römer, diese Thatsachen zu betrachten; und auch nicht gar in gedankenlosem Nachsagen einer Meinung uns gleichsam im Nachschreiten fürchten, den Fuß anders als dorthin zu setzen, wo ein Anderer ihn erst aufhob — wo bleibt dann, läßt sich fragen, jene deutsche Treue und Biederkeit?

Wodurch aber, fragt man, hierauf sich stützend, billig weiter, wird es dann erkennbar, daß die Zusagen nach deutschen Principien nicht anders als erfüllt werden müssen? Spricht etwa das für die Heiligkeit der Verträge, daß die Betheuerung selbst durch eine Unzahl heiliger Zeugnisse: „es „hätten die Contrahenten wirklich paciscirt," nicht soviel vermochte, der conventio eine Klagbarkeit zu vindiciren — es sei denn zugleich von Formzeugen die Rede? Ist überhaupt da die einfache Zusage geachtet, wo hundert Eide, die doch nichts als ebenfalls Zusagen, als Betheuerungen, nämlich das Wahre zu sagen, sind, gar nichts bedeuten? Wer die eidliche Zusage, d. i. die Versicherung bei dem Heiligsten nichts achtet, sollte der einen andern heilig halten? Und doch wissen wir genau, daß die Existenz eines Vertra-

*) Nun das Spiel ja hatte ihm den unerwarteten Gewinn gebracht!

ges, von noch so vielen eidlichen Zeugnissen behauptet, den altdeutschen Paciscenten gar nicht bindet, wenn er selbst ihn nicht vor Gericht zugesteht, also wiederholt; oder wenn er nicht wirkliche Formzeugen beibringen kann; — wir wissen damit, daß der Deutsche auf die bloße, ohne Form vollzogene Zusage gar keinen Werth legte, und doch fordert man noch nebenbei für die Behauptung Glauben: daß ihm die Zusage heilig gewesen sei! **Credat Judaeus Apella, non ego.**

Will man aber, wie es mitunter geschehen, für die Pflicht, die Zusagen stäts nur zu erfüllen anführen, daß es nach unsern Begriffen schlecht sei, sein Wort nicht zu halten — so lege man sich doch erst Rechenschaft darüber ab, was man in dem Glaubenssatze glaubt: daß es ehrbar sei, sein Versprechen zu erfüllen, d. h. alsdann glaubt, wenn er als durchgreifende Norm erachtet wird. Im letztern Sinne, und wenn er dabei so erweitert werden soll, daß nie und nimmer eine Ausnahme gestattet werde, gehört der Satz in das Reich des juristischen Aberglaubens. Denn sobald damit der unredlichen Absicht eines Andern Vorschub gethan wird, wie alsdann hier, so ist er falsch und verkehrt und muß in diesem Falle von einer verständigen Gesetzgebung rein umgekehrt werden, dahin: daß das Versprechen nicht zu halten sei.

Wenn aber überhaupt in diesem Gebiete Gründe der Moral und Billigkeit in Betracht kommen sollen und dürfen, so muß man nicht übersehen, daß jedesmal oder doch meistens die Antwort darauf: wer dann der Bessere und daher zu begünstigen sei, ob dies der Reuende oder sein Gegner, für den erstern ausfallen. Dieser Reuende hielt ja zunächst sein Versprechen, denn er war es unter beiden, der den Vertrag erfüllte; er also hatte ernstlich die Absicht, seine Zusage zu halten; denn er sogar verwirklichte dieselbe. Keineswegs gleichso der Andere, dem es nur in den wenigsten

Fällen nicht möglich gewesen sein wird, ein Gleiches zu thun. Auch ist ja zwischen der Erfüllung und Reue des erstern jedesmal noch ein zeitlicher Zwischenraum. Während dieses hielt der Reuende noch immerfort seine Zusage; der Andere aber that für die Erfüllung der seinigen noch immer nicht das Nöthige und Erforderliche. Indem nun aber nach allem diesem jenen endlich die Reue überfällt, so geschieht dies ja doch niemals ohne Veranlassung. Diese Veranlassung mag sein, eben der grundlose Verzug des Gegners — und dann liegt ja auf diesem selbst die Schuld; sie kann auch sein, weil dem Reuenden die Gegenleistung völlig unnütz, oder Jenes, was er durch die Leistung entbehrte, nützlicher ist als die Gegenleistung — dann aber ist es, wenn auch nicht strenge unrecht, doch ungerecht und unbillig, seinen Wunsch nach Aufhebung des Vertrages nicht nachzugeben. Der morose Gegner verdient dann auch wohl keine Rücksicht, vielmehr tritt hier gerade ein, was Cicero in der oben allegirten Stelle sagt: Nec promissa igitur servanda sunt ea, quae sunt iis, quibus promiseris inutilia; *nec, si plus tibi noceant, quam illi prosint cui promiseris: contra officium est, minus anteponi majori.*

Man wird keineswegs einer solchen Moral den Vorwurf des Jesuitismus machen können, vielmehr sind jene Sätze die Regeln einer wahren Gerechtigkeit, und aus derselben Wurzel entsproßt die Regel: quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id potes compelli.

Zugegeben nun auch selbst, daß mitunter die Reue aus Wankelmuth oder einem noch minder guten Beweggrund entsteht, so werden dies doch die wenigsten Fälle sein und hierin allein, also in den wenigsten Fällen, wird sich die Sprache der Billigkeit und Gerechtigkeit für den Gegner des Reuenden erheben können.

Es wäre selbst ja sonderbar, wenn die Gerechtigkeit

lediglich dahin sich äußern sollte: das Versprochene zu thun; nein, sie kann ebenwohl dahin sich geltend machen, dasselbe nicht thun, unterlassen zu dürfen. Der Gesetzgeber, über den Parteien und über dem Richter stehend *), hat ja nicht nur den Reuenden und dessen Absichten im Auge, nicht allein bei diesem kömmt die Sprache von Gerechtigkeit und gerechter Gesinnung und von dem, was der Gesetzgeber für und wider mit Zweckmäßigkeit anordnet, sondern dies Alles auch ebensosehr bei dem Gegner; und indem des erstern strenge Gerechtigkeitsliebe und Ausübung gefordert wird, darf nicht gleichzeitig der Ungerechtigkeit und unbilligen Gesinnung des Gegners Vorschub geschehen. Darum ja theilt man die Gerechtigkeit mit Aristoteles in verschiedene Seiten einer und derselben Gesinnung, und hat eine justitia distributiva und commutativa oder attributrix und expletrix **). Darum auch muß die gerechte Gesinnung allseitig erfaßt werden, der Gesetzgeber muß alle Verhältnisse gleichmäßig berücksichtigen. Denn anders und bei einseitiger Richtung des Gesetzgebers wird das summum jus zur summa injuria, das aber muß eine jede Gesetzgebung möglichst vermeiden.

So wie also unser Neuerecht nicht nur mit den Regeln der Gerechtigkeit überall verträglich, sondern von derselben selbst gefordert ist, so heischt eine verständige Consequenz in Anwendung des römischen Rechtes auch die volle Geltung desselben bei uns. Die Modificationen, die unsere deutschen eigenthümlichen Grundsätze und Verhältnisse in Rücksicht der Wirksamkeit des Römerrechtes nöthig machen, treffen jenes Neuerecht nicht, sicherlich nicht, da wir dasselbe sogar in

---

*) Man scheint den Gesichtspunkt des Richters mit jenem des Gesetzgebers zu verwechseln, indem man aus obigen Gründen argumentirt.

**) Hugo Grotius de Jure B. et P. L. 1, c. 1. §. 8. ibique citati.

deutschen Staaten im Gebrauch sehen: seine Giltigkeit dürfte demnach mit Grund nicht bestritten werden können.

Indeß, so wahr und richtig dies Alles vielleicht auch sein mag, so hat der Verfasser doch guten Grund zu dem Glauben, daß die Anwendung des jus poenitendi in deutschen Gerichtshöfen nicht so leicht Statt haben möchte. Denn sollte auch, im günstigsten Falle, seine Ansicht von Rechtslehrern für nicht unbegründet erachtet werden, so möchte ihr doch schwer halten, durch die Steppen in dem Wissensgebiet der meisten unserer Practiker bis zu jenem dürren Brachlande Praxis vorzudringen, wo jene, die der Verfasser aus eigner Ansicht nur zu gut kennt, ihr Wesen oder aber Unwesen auf eigne Hand treiben, völlig unbekümmert um das, was die Theoretiker in ihrem Gebiet neu anbauen, ausbessern oder mit Mühe auffinden mögen *).

*) Dies gilt natürlich nicht der bessern Kleinzahl derer, die mit verständiger Theorie einen aufrichtigen Eifer für eine richtige und geistige Anwendung der Rechtsgrundsätze verbinden, und so ausgerüstet, die wahren Themispriester, die todten Regeln erst zu lebendiger Thätigkeit auferwecken. Wohl aber dürfte es auf den größern Haufen derer passen, die ihren Gedankenkasten mit einer dünnen Brühe von Rechtsformalitäten gleichsam übertüncht haben, welcher Ueberguß dann, nach Art der Schaalthiere, zu einer knöchernen Umgebung erstarrt ist, durch die nichts mehr von Wissenschaft des Rechts einzudringen vermag. Sie sind durch eine Art von Dressur dahin gebracht, Protocolle und Verfügungen anfertigen zu können. Diese aber zu belehren hieße: „die Winde „pflügen und in die wüste See säen." Fichte sagt so von einer gewissen Klasse von Philosophen: „sie seien nicht zu belehren, „aber man sollte sie cultiviren, wenn man könnte."

Erst alsdann, wenn ein Satz, der den gewohnten Ansichten, die oben ihre Erläuterung erhalten haben, so exorbitant erscheint, wie das jus poenitendi in unsern angesehensten Lehrbüchern Aufnahme gefunden hätte, würde es auch für die Praxis Bedeutung erlangen können.

Anhang.

Gegen Gans.

Das in vorstehenden Blättern niedergelegte System, oder eigentlicher die darin vorgelegten Gedanken und Ansichten über das Reuerecht und über das, was damit in nothwendigem, oder auch mehr zufälligem Zusammenhange steht, waren ihrem Wesen nach vollständig ausgebildet, als dem Verfasser das Werk von Dr. E. Gans: „Ueber römisches Obligationenrecht" in die Hände kam, worin dieser bekanntlich nicht nur zuerst unternimmt, manches Irrige, was über unser jus poenitendi gelehrt und vorgetragen worden sei, zu berichtigen; sondern zuletzt allen Glauben daran sogar förmlich abschwört, und es selbst in das Reich der Mährchen und Fabeln versetzt. Ungeachtet dessen hatte es der Verf. noch nicht für nöthig erachten können, seine Ansichten und Erörterungen, die er in der vorliegenden Abhandlung dargeboten, speciell und im Einzelen gegen Gans zu vertheidigen. Theils nicht, weil die mitunter feierlich gar nicht ungegründeten Vorwürfe Gansens, die dieser den Rechtslehrern und Vertheidigern des jus poenitendi macht, nach seinem Erachten ihn nicht in gleichem Maße treffen möchten; theils aber aus dem Grunde nicht, weil es ihm geeigneter und zweckmäßiger schien, den obigen Entwurf in seiner dermaligen Integrität bestehen und ungeändert zu lassen; als dessen Zusammenhang durch mehr Fremdartiges,

wie doch die Einschaltung der besondern Vertheidigungsgründe gegen gemachte Angriffe immer bleibt, zu sehr zu stören und somit das Ganze zu zerreißen und zu zersplittern.

Gleichwohl schien es dem Verfasser mit Nothwendigkeit geboten, daß die Angriffe von Gans, die eine gänzliche Vertilgung unseres Neuerechtes zum Zwecke haben, ihre Würdigung erhielten; sie mögen eine solche dahier finden, insoweit dies uns hierher zu gehören scheint und an uns liegen mag.

Obgleich es Gans nicht streitig gemacht werden kann und soll, daß er manche Mängel und wirkliche Irrthümer auf scharfsinnige Weise aufzudecken gewußt; daß er seine Ansichten und Ideen gut, mitunter selbst sehr scheinbar darzustellen verstanden, so hat dem Verf. es doch immer geschienen, als ob unter dem diesfälligen Apparat, neben jenem mancherlei Guten und Wahren, auch viel Irriges und Falsches sich vorfinde. Ja, obwohl Gans unverkennbar mit vieler Kunst bei der Aufstellung seiner Deductionen verfahren, so hat er sich dabei doch sichtlich mitunter von seinen Voraussetzungen leiten oder treiben lassen; so daß das aufgeführte Gebäude ebendarum und, so will es scheinen, ob seiner fast allzugroßen Künstlichkeit, für unhaltbar geachtet werden muß. In der That, warum sollte es nicht gesagt werden, zuweilen ist es fast handgreiflich, daß die Belege und Gründe der aufgestellten Meinung wegen sich vorfinden, nicht aber, wie es doch sein sollte, die Meinung ein Resultat der Gründe ist.

Nun aber, wie auch angedeutet, um seine eignen Ansichten zu rechtfertigen, die neben denen von Gans nicht würden bestehen können, aus keinem andern Grunde ist es für den Verf. nöthig geworden, diese letztere hier im Einzelen einer besondern Prüfung zu unterwerfen. Diese Prüfung kann begreiflich bei der scheitelrecht sich widerstrebenden Stel-

lung der Meinungen von Gans und der unsrigen nur dahin gerichtet werden, die gänzliche Unrichtigkeit jener nachzuweisen. Da nun Gans seine (fabelhafte) Ansicht des Reuerechtes für eigentlich nur das Resultat seiner Deduction über obligationes überhaupt declarirt *); jene als eine Probe für diese, gleichwie eines Rechnenexempels, angesehen wissen will, so ist damit einer jeden Prüfung von selbst der nothwendige Weg gezeigt, den sie zu wandeln haben wird — es muß nämlich mit der Durchsicht des Exempels begonnen werden. Und insofern es gelingen könnte, dessen Unrichtigkeit nachzuweisen, insoweit ist damit auch über die Richtigkeit oder aber Falschheit der dazu als Resultat sich verhaltenden s. g. Probe von selbst das richtende Maß gelegt **). Darum ist auch, könnte man sagen, der Versuch über die Richtigkeit der ganzen Darstellung von Gans hier eigentlich der Gegenstand der Aufgabe. Allein es ist hierbei wohl nichts natürlicher, als daß gerade die einzelen Behauptungen und Voraussetzungen, die sich als Bestandtheile und Material des Gerüstes darstellen, in Betracht kommen und unter die Prüfung fallen müssen, weil gerade von deren Gehalt auf den Gehalt des Ganzen, was daraus errichtet ist und darauf beruht, zu schließen steht. Ebendarum aber muß eine Kritik des Ganzen als solcher nothwendig wieder außerhalb dem Kreise dieses Versuches liegen, denn hier gilt es lediglich den Bestandtheilen, insofern damit, als mit ebenso vielen Prämissen, das dem Reuerecht entgegenstehende, dies zerstörende Resultat oder die Schlußfolge hat begrün-

---

*) Man vergleiche u. A. Vorrede S. X.

**) Hier ist zwar auch im Sinne von Gans über Exempel und Probe geredet, allein es liegt zu Tage, daß Gans Probe genannt hat, was bloß Resultat sein soll, mithin die Redensart, wenn auch als zur Licenz des Redners gehörig geduldet, doch keineswegs für richtig erachtet werden kann.

det werden sollen. Der Vergleich des vorliegenden und des Gansischen Versuches — in welchem Vergleiche erst die wahre Kritik auch des letztern sein kann, wäre demnach vielmehr Sache des richtenden Publicums. — Allerdings hat Gans später einzele Sätze seiner Deduction selbst widerrufen, z. B. in seinem Systeme des röm. Civilrechts. Berlin 1827; allein dies thut hier zur Sache nichts, da er das Ganze und unsere Hauptsache noch als gut anerkennt; besonders aber, da nicht zu verkennen ist, daß seine frühern Behauptungen hinwieder sich Eingang zu erwerben gewußt haben, wie ein solches in einigen Rechtssystemen sichtbar genug ist.

Schon gleich im Anfange des Gansischen Werkes stoßen wir auf eine Behauptung, die nicht unberührt bleiben darf. Gans schilt es nämlich S. 2. einen argen Mißgriff, daß mutuum, depositum, commodatum, pignus im System beisammen ständen, während sie doch, seiner Meinung nach, nichts gemein hätten, als daß sie durch das Hingeben einer Sache sich erzeugten; sonst aber aus dem mutuo eine einseitige condictio auf dare eines certum entspringe, bei den andern dagegen das gegenseitige Interesse zur Sprache komme. Indessen dürfte — insofern man in dem Entstehungsgrund des Vertrags, d. h. in der Art, wie eine conventio zum contractus wird, also Bedeutung von Klagbarkeit erhält, zugleich auch den Eintheilungsgrund für dieselben findet — gar nichts richtiger sein, als jene bezeichneten Verträge neben einander und überdies ihnen die Innominatverträge noch anzureihen. Derjenige also, welcher contractus realis, consensualis, litteralis et verbalis kennt, der muß auch anerkennen, daß alle jene Verträge in eine Kategorie gehören. So lange daher eine bessere Methode, die conventiones abzutheilen, als besagte, nicht aufgefunden ist — wie dies denn auch Gans noch zur Zeit keineswegs ge-

lungen sein möchte — so lange darf man jene Eintheilung wohl auch nicht unrichtig schelten. Namentlich aber dürfte anzunehmen sein, daß die daraus, daß das mutuum eine actio stricti juris, das Depositum ꝛc. dagegen eine actio bonae fidei erzeugt, resultirende Verschiedenheit dieser Vertragsarten nicht so grell und nicht so specifisch sei, als Gans prädicirt; während anderseits gerade viele sich gleiche und allen gemeinschaftliche Wirkungen und Erscheinungen sich ergeben, so daß man nicht anders kann, als dafür zu halten, es sei solche Verschiedenheit der Klagen in Bezug auf die Verträge mehr etwas Außerwesentliches. Vielleicht glückt es der folgenden Deduction, dies einigermaßen wahrscheinlicher zu machen. — Das Wesentliche bei allen jenen Realverträgen, d. h. den genannten, und bei einem wie dem andern derselben ist — abgesehen von der Entstehung, aber hingesehen auf die Wirkung — das reddere, restituere und den modus desselben, nicht aber wohl etwas Anderes. Die res selbst, als causa obligationis, oder die Leistung, die der contractus macht, d. h. die Hingabe der Sache, ist alsdann stäts vorüber, wenn von der obligatio, also von einem giltigen Vertrag, einem contractus die Rede kömmt; und jene obligatio, so wie der sie normirende Wille der Contrahenten, senkt sich somit in das reddere. Dieses reddere also ist Endzweck des Vertrags, wird aber modificirt durch besondere Umstände, keineswegs allein durch die datio; welche Umstände in einem Versprechen oder in mehr zufälligen Verhältnissen, z. B. einer culpa, ihre Bedingung und Richtung finden. — Um nicht von vornherein undeutlich zu werden, und um zugleich schon hier einer Annahme von Gans das Terrain im Allgemeinen abzugewinnen, müssen wir ferner Folgendes erörtern:

Einem jeden Vertrag liegt der mutuus consensus der Interessenten zu Grunde; dieser consensus ist dessen Wesen

und dessen condictio sine qua non, kurz: die *conventio*, deren Inhalt, ist überall hauptsächlich das Regulativ für die obligatio. Dieser in der conventio niedergelegte wechselseitige Wille, der die Absicht der Parteien ausdrückt, ist ganz allein das principium agens et regens. Derselbe begreift in sich und ergreift die Leistung beider, die des dans, des reddens u. s. w. Der Grund einer jeden Pflicht zur Zurückgabe des Einen liegt also keineswegs in der frühern Hingabe der datio des Andern, sondern vielmehr in dem beiderseitigen, sich durchdringenden Willen der Contrahenten. Die datio selbst bewirkt nichts Anderes, als daß jener Wille, jene Absicht der Contrahenten erzwingbar wird; sie ist das Zeichen, woran der Staat die Ernstlichkeit, Giltigkeit und Wirklichkeit des Willens erst erkennen will, sie ist es also, womit er die Klagbarkeit bedingt. Gleichmäßig erkennt auch der Staat bei der verborum obligatio an dem feierlichen Wörtertausch; bei den contractus litterales an der Existenz der Schrift die Ernstlichkeit der Erklärung; er hat hierin das äußere Zeichen der Giltigkeit gesetzt *).

---

*) Es ist schlimm genug, daß man bei uns in der Rechtstheorie erst Alles, um es gegen Mißverständnisse zu sichern und überhaupt, um es nur bemerkbar zu machen, weitläufig deduciren muß, was in der Natur der Sache bei den Römern so gut wie bei uns liegt. Aber das Gezänke um den wahren Sinn des römischen Rechtes wird natürlich fortdauern, so lange man von einem, aus erfundenen Gedanken und Abstractionen erbauten Gerüste herab und durch diesen Vorbau häufig verschrobener Ideen ins Leben blickt, anstatt selbst und leibhaftig hineinzutreten und zu sehen, daß die Maschine einen sehr begreiflichen und faßlichen Gang geht. Man betaste doch auch so einen römischen Bürger mit vorurtheilsfreier, verständiger Betrachtung, um bald zu finden, daß derselbe, so wie Fleisch und Bein, so auch das Meiste übrige eines Erdensohnes gleich uns habe; uns mit den Fühlhörnern der gesunden Vernunft untersucht, findet sich, daß derselbe durch einen mit dem unsrigen ganz gleichen Gehirnsorganism dachte, es also nicht abzusehen ist: warum denn alles Römische so specifisch von unsern

Wäre es anders, und läge die Pflicht der Rückgabe allein in der datio, so müßte doch wahrlich umgekehrt in der Hingabe auch jedesmal die Pflicht der redditio enthalten sein, somit aber eine Schenkung schon undenkbar bleiben. Nein, es kömmt vielmehr überall die Absicht, der Wille, die Tendenz der Paciscenten in Betracht; diese bleibt stäts das Criterium für die Beurtheilung des Verhältnisses und somit, ja darum ganz allein fällt bei der donandi *animo* gemachten Hingabe alle Pflicht zur Rückgabe weg.

Paulus Lib. 2. Institutionum
fr. 3. §. 1. D. de O. et A. (44. 7.)

Itaque, si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi; quanquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, *quia non hoc inter nos actum est.*

Aus demselben Grunde durfte auch der Eine die Sache hingeben, und so oft dies die Absicht gewesen war, ein Anderer als der Geber sie zurückfordern. Ebendarum muß auch gerade die Absicht, die Sache als ein *mutuum* zu geben vorwalten, damit aus der datio ein mutuum entstehe.

Ulpianus Lib. 31. ad Edictum
fr. 15. D. de Pub. cred. (12. 1.)

Anstalten und Einrichtungen unterschieden sein soll. Haben diese römischen Leute doch sonst, nach den uns aufbewahrten Urkunden, so vernünftig und verständig gedacht und gehandelt, wie mitunter auch wir. Sobald aber von ihrem Rechte die Rede kömmt, das doch nichts ist als ein Product ihrer Bedürfnisse und Gedanken, von denen jene den unsrigen sehr ähnlich, diese wohl fast ganz gleich waren — so wollen wir nicht begreifen, daß der Sinn ihrer Regeln uns irgend nahe liegen könne. Wir sind da auch im Stande — **exempla sunt odiosa** — und holen aus dem ganzen Gesetzcodex und aus andern classischen Schriften die Materialien zusammen, um damit die Behauptung aufzubauen, daß bei den Römern z. B. Geld = Geld gewesen sei.

Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis *).

Ulpianus Lib. 7. Disputationum

Fr. 18. D. cit. (12. 1.)

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias, Julianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, *cum alia opinione acceperit* **).

Wäre nun bloß in der datio die causa obligandi und der modus obligationis, so könnte natürlich immer nur idem, nie, wie doch beim mutuum geschieht, tantundem zurückgefordert werden, denn nur das erstere ist ja in der That gegeben worden. Aber, könnte man sagen, der Wille verlegt sich gleichsam von der datio, dem datum, weg in die reddition, das reddendum — auf dies letztere geht die Absicht des Gebers, somit auf ein anderes, ein neues dare, auf eine andere Sache. Diese andere Sache ist es, welche der Geber beabsichtigt; er setzt seinen Willen in diese und das, dieser Wille, ist eben die causa obligationis. Weil nun der

---

*) Im Fortgange dieser Stelle sagt Ulpian: **Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona accipiendum est: ut cum ex causa mandati mihi pecuniam debeas et *convenerit*, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.** Hier war doch gar kein Geld vom Credenten hingegeben, sondern der Andere besaß dies von einem Dritten in der Absicht, es dem Berechtigten zu überreichen. Nun soll aber schon das bloße *convenerit*, also lediglich die Absicht es bewirken, daß der Besitzer es als **mutuum** hat, und damit alle im **mutuo** enthaltenen Pflichten prästiren muß. **Cf. C. 4. C. si cert. pet. (4. 2.) C. 2. C. per quas pers. nob. adq. (4. 27.)**

) **Fr. 32. D. ib. (12. 1.)

Wille an der beabsichtigten Gegenleistung haftet, so kann auch nur gerade diese voraus bestimmte, ursprünglich gemeinte Gegenleistung nicht ein Anderes, in der Regel also auch keine aestimatio eintreten. Wohl aber ist es gerade diese Rücksicht, welche erlaubt, daß die Rückgabe modificirt und mit Bedingungen verbunden werden kann.

Ulpianus Lib. 26. ad Edictum
Fr. 7. D. h. t. (12. 1.)

Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numeratione pecuniae et *ideo et conditiones.*

Paulus Lib. 2. Institutionum
Fr. 3. §. 1. D. de O. et A. (44. 7.)

Non satis autem est dantis esse nummos, et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam *hoc animo* dari, et accipi, *ut obligatio constituatur.*

Man legt auch hier wieder, dünkt uns, wie so oft den guten Römern zuviel auf, wenn man sie solcher, nach unserem heutigen Verstande unsinniger Ansichten und Maximen beschuldigt, wie in ihrem Formelwesen sollen versteckt liegen, und die heraus oder gar hinein zu deuten man sich die undankbare Mühe nimmt. Vieles von dem, worin man ihnen eine uns noch geheime Sonderbarkeit unterlegen möchte, was uns bei ihnen als eine vertrakte Eigenthümlichkeit erscheinen will, die von ihnen geglaubt und gehandhabt worden sein soll, liegt eigentlich ganz einfach in der Natur der Verhältnisse, die zu würdigen, oder auch nur zu erwägen man sich sehr häufig nicht einmal die Mühe nimmt. So auch hier. Es scheint in der That nicht, als ob sie bei ihrem Darlehen so weit von dem, was bei dem unsrigen in der Natur der Sache liegt, abgewichen wären. Nach demjenigen, was vernünftige Menschen alsdann, wenn sie Willenserklärungen machen und Verträge schließen wollen und

beabsichtigen können, muß aber mit der datio, als Folge einer conventio, an sich — abgesehen von innern Motiven, z. B. freundschaftlicher Hülfeleistung, die aber ohnedies lieber schlechtweg schenkt — nur die Giltigkeit und Erzwingbarkeit der Befugniß zur redditio bezweckt; diese muß nothwendig als das Ziel, die datio als das Mittel angesehen, daher auch von beiden Theilen als die causa movens erkannt, und darum denn in dieselbe die Absicht und Wirkung der obligatio (d. h. jenes Verhältnisses, was nach der datio existirt und mit ihr beginnt) gesetzt werden. In dieser Absicht, diesem Willen liegt mithin der Grund der obligatio ganz allein; dagegen bewirkt freilich die datio, daß jene Absicht erzwingbar wird, aber ein Weiteres bewirkt sie auch nicht. Hätte die datio das Wesentliche für die Absicht der Parteien sein sollen, so hätte die Gesetzgebung auch diese als den Endzweck des Vertrags auffassen müssen; allein nicht so; sondern da alsdann, wenn von einem äußerlich giltigen Vertrag, d. i. der obligatio civilis, die Rede kömmt, von keiner datio mehr etwas erscheint, so kann auch eine solche nicht das Ziel der conventio sein. So scheints die Natur der Sache zu geben. Wo aber ist nun der Grund zu der Voraussetzung, daß die Römer anders hierüber dachten — ja konnten sie, als mit demselben Reflexionsvermögen wie wir begabt, eine andere Meinung haben? Das möchte man umsomehr fragen, wenn einerseits die Stimme ertönt, daß dieselben die Verhältnisse so richtig gewürdigt und so sehr von praktischer Seite aufgefaßt hätten; so sehr, wie man sagt, ad hominem gewesen wären — wie es in der That nicht anders ist; — und hierneben andererseits es uns doch als römischer Glaube geltend gemacht und nachgewiesen werden soll: sie hätten Wille, Absicht und Vernunft gar nicht geachtet und sich, z. B. beim Darlehen, der stipulatio ꝛc., lediglich an das Zeichen gehalten, sie

hätten nicht gefragt: was, sondern nur ob contrahirt sei u. s. w.

Was wir hierbei am meisten und besonders hervorzuheben beabsichtigten, ist: daß nicht die datio, sondern der Wille es eigentlich sei, was die obligatio constituire und richte. Jene äußern Zeichen, welche in den res, den litterae, den verba erscheinen, sind es freilich, was die äußere Giltigkeit der obligatio, i. e. deren Klagbarkeit erst producirt und somit die obligatio zu einer civilis erhebt. Allein damit ist nichts weiter gesagt, als daß durch diese Form jener richtende, normirende Wille realisirbar und klagbar wird. Die Form ist also Mittel zum Zweck, zu dem Zweck, den Willen verwirklichen zu können; und so wenig jemals der Zweck vom Mittel überwogen wird, so wenig auch bei der conventio der Wille von der Form — vor dem Zeichen verschwindet also keineswegs der Zweck der conventio. Daß aber der Wille nur so weit und nicht weiter realisirbar wird als jenes Zeichen, die positive Form gerade reicht, ändert natürlich an dieser Ansicht nichts; das Verhältniß wird damit so wenig umgekehrt, als eine Kraft aufhört, dadurch sich ändert, daß sie nicht in Bewegung gesetzt wird, vielmehr mit dem Ruhen der Bewegung selbst ruht.

Gleichergestalt, wie hier von der obligatio realis gesagt wird, ist es nun auch mit den andern Formen, wodurch die obligatio in eine civilis umgewandelt werden kann, von denen uns gleichfalls prädicirt wird, daß sie so schreiend aus den Reihen der obligationes hervorstechen, welche man bonae fidei nennt, von denen man sagt, daß sie das, was die Dinge sein sollen, rein umkehren in das, was sie bloß scheinen; wo das innere Wesen der conventio, also auch jeder obligatio, d. i. die Absicht und der Wille, sich soll gänzlich verflüchtigen in dem, was als Unwesentliches und Zufälliges oder als Form aufblitzt. Wir meinen die contra-

ctus verbales et litterales. Auch hier ist es keineswegs an dem — wie uns Gans überreden möchte — daß dabei auf gar nichts anderes als die äußere Form gesehen werde, vielmehr kommt es bei beiden Vertragsarten stäts und recht eigentlich auf den Willen der Paciscenten an. Ganz gut drückt dies Paulus in folgender Stelle aus:

Paulus Lib. 3. ad Edictum
Fr. 38. D. de O. et A. (44. 7.)

Non figura **litterarum, sed** ***oratione*** **quam** ***exprimunt*** **literae obligamur; quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuralis significaretur *).**

Wenn es nun auch im ersten Augenblicke eine sonderbare Frage scheinen möchte: warum man keine actio mutui contraria habe, so dürfte dennoch keineswegs mit Gans behauptet werden können, daß dieselbe eine höchste Unkenntniß des Rechts voraussetze. Denkt man sich freilich bei dem mutuum lediglich ein Geld darlehen, und bedenkt man den Inhalt des pacti mutui, d. h. der frühern conventio, so klingt es sonderbar, von einer actio contraria zu reden, weil jenes pactum nur eine redditio zur Absicht hatte, der Wille der Parteien mithin nicht auf eine Prästation des Verleihers gerichtet sein konnte; und ferner ebenso das Geld, seiner eigenthümlichen Natur nach, keinen Aufwand des Leihers in Anspruch nahm. Allein dies ist überall keine Eigenthümlichkeit des Darlehens als solcher, sondern eine begreifliche Eigenheit von dessen Gegenstande, nämlich dem Gelde. Gleichso verhielt es sich ja auch bei den übrigen

---

*) Gerade weil es auf die Absicht und den deutlichen Willen der Parteien ankommt, macht auch der **error** die **stipulatio** ungiltig 2c. **Cf. Fr. 1. §. 2. 3. D. de V. O. (45. 1.) fr. 31. D. de O. et A. (44. 7.) fr. 32. D. de reb. cred. (12. 1.)**

Realverträgen und wie bei obigen Voraussetzungen die Frage nach einer actio mutui contraria, ebenso grundverkehrt ist es von Gans, wenn er behauptet, beim commodatum, depositum, pignus sei nicht einseitiges, sondern gegenseitiges Interesse das Wesentliche und Charakteristische. Denn gleichfalls hier ist die ursprüngliche Hauptobligatio, der Wille und das Ziel der Parteien, auf nichts als ein reddere, ein restituere gerichtet — gerade so wie beim mutuum; und es liegt an sich in der conventio und Absicht der Parteien überall nichts Anderes. Vielmehr ist es etwas nur zuweilen Hinzukommendes, also von zufälligen Umständen Abhängiges, ob sich irgend Gründe zu einer actio contraria ergeben werden. Es hängt ja doch vom Zufall ab, ob der Commodatar, Depositar, Pfandbesitzer Verwendungen zu machen haben. Da nun die Existenz einer actio contraria demnach in zufälligen Gründen und Umständen beruht, so ist es ja auch zufällig, ob der Depositar, Commodatar ꝛc. irgend ein Interesse gegen den Mitcontrahenten haben werde — das ja gerade in dem besteht, was diese actio contraria enthält und verwirklichen soll —; es ist daher auch natürlich und begreiflich, daß dies Interesse, wie kein Zufälliges, auch niemals etwas Wesentliches sein kann; daß mithin das gegenseitige Interesse nichts Charakteristisches und Essentielles bei den Realverträgen sein könne.

Bekanntlich war der Grund einer jeden actio contraria nichts als der allgemeine Rechtssatz: nemo ex alterius facto damnum sentiat — nec quis damno alterius locupletior fiat. Dieselbe war also durchaus nichts anderes als eine erweiterte actio oder aber exceptio doli — sie gieng immer darauf: ut indemnis servetur. Wenn nun zwischen mutuum und andern Realverträgen ein Unterschied sich darin zeigen sollte, daß diese eine actio contraria im Gefolge ha-

ben können, ein Geldbarlehen deren aber keine hat, so könnte dies gewiß darin nicht begründet sein, daß, wie Gans vorausſetzt, bei jenen eine actio bonae fidei, bei dieſen eine condictio certi gegeben war *); ſondern in der Natur der Sache, i. e. der Verſchiedenheit des jedesmaligen Gegenſtandes, welche Verſchiedenheit darin beſteht, daß dort immer eine species, hier nur tantundem zurückgegeben werden muß. Denn es wird in der Regel nur die Species Gründe zu einer Gegenforderung liefern, höchſt ſelten die obligatio ad tantundem; nie aber kann dies eine geſchuldete Geldſumme **). Auch kann die etwaige Verwendung, z. B. die Unterhaltungskoſten eines Thieres, niemals von dem Vertragsobject, das als Species zu reſtituiren iſt, abgezogen, alſo die Hauptleiſtung reducirt werden, ſo daß alſo dies Intereſſe beſonders gegen den Verpflichteten muß geltend gemacht werden. Wenn aber die Gegenſtände des Depoſitums, Commodatums, Pignus nie einen Schaden für den restituens erzeugt haben würden, es nie etwa Unterhaltungskoſten ꝛc. erfordert hätte, ſondern deren Gegenſtand immer nur Geld oder andere lebloſe Sachen geblieben wären, kurz wenn nie Gründe zu einer Gegenforderung erſchienen wären, ſo hätte auch nie von einer actio contraria die Rede ſein können. Weil bei einem mutuo niemals die species, ſondern ſtäts tantundem in dem Zweck der Rückgabe lag, ſo konnte es z. B. auch nicht genug ſein, daß der Empfänger die ihm hingegebene Species reſtituirte, denn dieſe könnte mittlerweile ihren Werth verloren oder verringert haben; vielmehr beſteht die Verbindlichkeit darin, daß die

---

*) Weiter bedeutet, beim Lichte beſehen, ja die Verſchiedenheit, die in der Einſeitigkeit und der Zweiſeitigkeit, dem strictum jus und der bona fides ꝛc. liegen ſoll, hierortes durchaus nichts.

**) Man könnte ſagen, beim Geldbarlehen giebt es keine actio contraria, weil das Geld nicht lebendig iſt und keinen Inſtinkt hat.

zur Zeit gewährte Summe in ganz gleicher Größe, also eine ganz gleiche Summe, d. i. tantundem präſtirt werde. Inſofern muß auch der Empfänger in der That mehr leiſten als ein bloßes certum. Man denke nur, der Empfänger eines Darlehens habe dasſelbe gar nicht gebraucht, er habe die Geldſtücke hingelegt, und dieſe ſeien nachgerade ab- oder herabgeſetzt worden. Hier wird niemand behaupten, daß die Rückgabe der frühern Stücke genüge, obgleich ſie ganz genau idem und ohne Zweifel auch ein certum ſind, ſo daß alſo geſagt werden muß, nicht ein bloßes certum, ſondern überdies eine gewiſſe Werthmaſſe, ſei bei einem mutuum die Abſicht des Vertrags *).

Wenn wir nunmehr — feſthaltend daran, was der Grund der actio contraria iſt, und, betrachtend die Gegen-

*) Dem Verfaſſer iſt in der Praxis wirklich ein Fall vorgekommen, wo ein wohlhabender aber unachtſamer und zerſtreuter Mann eine bedeutende Summe Geld geliehen, dieſelbe aber in ſeinem Kleiderſchranke, noch in dem Sacke des Darleihers niedergelegt hatte, ohne in vielen Jahren daran zu denken. Als ſich ſpäter das auch noch mit des Verleihers Siegel verſchloſſene Paket fand, die darin enthaltenen Münzſorten aber im Curs gefallen waren, ward der diesfällige Streit ganz richtig dahin entſchieden, daß der Verleiher ſich mit deren Rückgabe keineswegs zu begnügen habe, vielmehr ihm eine der hingeliehenen gleiche Summe zu präſtiren ſei.

Darum, weil die Römer ſich bei derlei Fragen mehr an ihre einfachen Principien feſthielten, konnte es ihnen auch nicht einfallen, ſich wie wir darüber zu ſtreiten, was bei einer Veränderung des Münzfußes reſtituirt werden müſſe — bei richtigen Begriffen und deren richtiger Anwendung eine der unnützeſten Fragen, die unſere Jurisprudenz haben mag.

Gleichwie im obigen Falle beim Geldbarlehen die frühere Werthmaſſe nicht bloß Maſſe zu präſtiren war, ſo auch z. B. bei Wein, der geliehen worden, aber bei dem ihn nicht aufbrauchenden Empfänger, ungeachtet aller Pflege, verdorben wäre. Hier wird ebenfalls eine gleiche Qualität mit der früheren Qualität, welche beide zuſammen die Werthmaſſe enthalten, zu präſtiren ſein, ſelbſt wenn es ſehr wahrſcheinlich oder auch gewiß ſein ſollte, daß der Wein auch beim Darleiher ſich verſchlechtert haben würde.

ständе des Darlehens, wie solche zumeist beschaffen sind — nochmals auf die actio mutui contraria zurückblicken, so dürfte dieselbe und die Frage nach ihr vielleicht nicht so ganz unsinnig erscheinen. Zunächst sehen wir an einem Vertrage, der noch mehr als alle oben bezeichneten Realverträge mit dem Mutuum Aehnlichkeit hatte, daß sich damit eine actio contraria sehr wohl vertrug. Dies war die fiducia. Auch hier hatte der Inhaber der res fiduciaria, gleichwie beim Mutuum, ein wirkliches Eigenthum daran, das nur durch remancipatio oder retro in jure cessio auf den Geber zurückzubringen war; dennoch aber stand ihm eine actio contraria zu *), und so ist dieselbe in der That auch beim Mutuum sehr wohl denkbar. Man darf nur nicht immer an ein Geld darlehen denken. Setze man einmal den Fall, daß jemand dem andern vergiftetes Getraide lieh, ohne alle Schuld seinerseits; daß der Empfänger solches mit dem seinigen vermischte und somit in der damit bewirkten Unbrauchbarkeit des letztern durch das mutuum Schaden erlitt. Oder daß ein Stück Vieh als mutuum gegeben war, z. B. auf ein bevorstehendes Gastmahl ein Fasan; selbst ja ein Sclave konnte als mutuum gegeben werden — denn man kann ihn zum Eigenthum geben, in der Absicht, daß einst ein gleich guter restituirt werde (worin allein ja das Criterium des Darlehens besteht). Wenn nun, um bei diesem Beispiele stehen zu bleiben, der Sclave ungemein böse Eigenschaften entwickelt und hiermit dem Empfänger schadet — sollte das nicht mit einer Klage geltend zu machen sein? und wäre diese Klage nicht eine wahre actio contraria? Man kann hierbei auch nicht einwenden wollen, daß mit dem Uebergange des Eigenthums des dargeliehenen Gegenstandes auf den Empfänger diesen auch jeder Schade treffen müsse; denn dieser Einwand wird durch die Analogie

*) Paulus Sent. Rec. II, 13, 7.

der fiducia vollkommen beseitigt, indem auch hier das Eigenthum übergieng, hier gleichfalls Sachen vom Besitzer consumirt wurden — das Verhältniß mit dem bei dem mutuo mithin vollkommen gleich war.

Es ist nun zwar an dem, daß die Römer in den uns aufbewahrten Stellen ihrer Erörterungen vorzüglich nur vom Mutuum in baarem Gelde oder leblosen Dingen reden; allein dies hat seinen besten und vernünftigsten Erklärungsgrund darin, daß es die häufigste Art ist, in solchen Dingen Darlehen zu contrahiren — dies wird also unserer Annahme nicht entgegenstehen. Da kann nun freilich bei einem jener Darlehen, vorzüglich einem in Gelde, eine actio contraria nicht vorkommen; dies aber gilt gerade nur für diese Art des Mutuums und paßt gleichergestalt auf das Commodat. Es giebt ja auch Commodate in baarem Gelde, z. B. wenn dies dicis gratia gemacht wird. Hier ist auf gleiche Weise, wie beim Darlehen in Gelde, eine actio contraria undenkbar. Nicht also in der Natur des Darlehens liegt es, sondern je nachdem die Natur des Gegenstandes desselben ist, ergiebt es sich, daß und ob eine actio contraria denkbar sein soll. Dies Alles gilt gleichmäßig vom Commodat. Je nachdem auch hier baares Geld, eine leblose Sache, oder eine andere den Gegenstand ausmachet, wird die Frage nach einer actio contraria unsinnig und undenkbar erscheinen, oder aber auch nicht. Mag es nun darum auch sein, daß die römischen Erörterungen einer actio mutui contraria nicht gedenken, so thut dies hier zur Sache überall nichts, denn wir haben nicht ihre Buchstaben, sondern den Geist ihres Rechtes recipirt, mit diesem aber scheint jene Klage keineswegs unverträglich, denn danach läßt sich durchaus nicht einsehen, warum die ganz allgemeine Regel: nemo ex alterius facto damnum capiat, oder je nach den Umständen, die: ne quis damno alterius locu-

pletior fiat — nicht auch beim Mutuum solle zur Geltung gelangen können, d. h. m. a. W.: warum nicht unter den geeigneten Umständen auch beim Mutuum eine actio contraria solle Statt finden.

S. 5. versucht Gans, einen specifischen Unterschied nachzuweisen, der zwischen Eigenthum und Forderungsrechten Statt haben soll. Da nun hiernach das Charakteristische und Unterscheidende der Forderungsrechte lediglich in der actio, die daraus resultirt, bestehen soll, hieraus Gans später aber Folgerungen ableitet, so ist es nicht genug, daß wir damit uns nicht befreunden können, sondern wir sind genöthigt, die Ansicht prüfend zu beleuchten. Gans argumentirt so:

„Rechte der Personen an Sachen (absolute Vermögens„rechte) seien denkbar, ohne daß man dabei augenblicklich „an eine Klage erinnert werde. Ich könne in unmittelba„rer juristischer Beziehung mit meinem Eigenthum gedacht „werden; es könne viel Juristisches von meiner Einwirkung „auf meine Sache ausgesagt werden, ohne daß des Rechtes „zu vindiciren Erwähnung zu geschehen brauche; ja es könne „ein Eigenthum gedacht werden ohne Vindicationsrecht über„haupt (so früher das römisch-bonitarische Eigenthum) wel„ches im Grunde als eine vom Eigenthum verschiedene Be„fugniß erscheine. Anders verhalte es sich mit den Obliga„tionen, den relativen Vermögensrechten. Diese seien erst „durch die Befugniß sie geltend zu machen — actio — ein „Vermögensrecht; die obligatio finde erst in der actio ihre „practische Bedeutung.“

Es will nun in der That scheinen, als ob es nichts Irrigeres geben könne als diese Darstellung, und als ob der hier vorausgesetzte Unterschied gar nicht existire. Das Wesen des Eigenthums besteht überhaupt in nichts Anderem als

darin, daß ich meinen Willen gegenständlich mache, diesen meinen Willen in etwas Aeußeres, eine Sache (im weitern Sinne), lege. Damit wird diese Sache, dieses Aeußere, der von mir als Intelligentem verschiedene Gegenstand, mein Eigenthum — vorausgesetzt, daß nicht ein anderer fremder Wille mir hindernd entgegentritt *). Ist dieß Verhältniß des Eigenthums an sich auch nur bei wirklichen, körperlichen Sachen möglich, so ist es auf der andern Seite doch wieder gar nichts anderes als eine Uebertragung dieses Verhältnisses auf ein an sich des Eigenthums, als Gegenstandes, nicht Fähiges, nämlich eine analoge Anwendung desselben auf den Willen eines Andern, eines andern Intelligenten, wenn wir von einer obligatio reden **). Sobald also Obligationsverhältnisse sich gestalten und zur förmlichen Geltung gelangen, so geschieht dies nur mittelst einer, wenn auch dem gemeinen Menschenverstande mehr unbewußten Fiction, daß sich mein Wille in den Willen eines Andern legt, diesen zweiten Willen — das freilich an sich nicht Gegenständliche — zum Gegenstande macht, ihn gleich einer Sache behandelt. Die Obligatio, die Forderung, ist ja überall nichts Anderes als das Recht, über eines Andern Willen zu disponiren, diesen Willen somit als den meinen, mir untergebenen zu behandeln — ihn im Eigenthum zu haben. An sich, d. h. nach dem Naturrecht, wenn man so sagen

---

*) Hegel Philosophie des Rechts §. 45. — Wir führen absichtlich einen Gewährsmann an, gegen den Gans am wenigsten haben wird.

) An sich dem Verstande undenkbar ist die **obligatio, das Forderungsrecht, eine im Staate unumgänglich nothwendige Annahme des Gemüthes, weil ohne sie eine vernünftige Coexistenz nicht lange möglich sein würde. — Wenn nicht der Standpunkt bei dieser Deduction mit jenem, der oben §. 2. 4. angenommen worden, verwechselt wird, so dürfte ein Widerspruch auch nicht vorausgesetzt werden können.

will, ist dies nicht möglich, weil danach ich dasjenige, was an sich frei ist, nicht zum Sclaven meines Willens herabwürdigen, nicht von diesem abhängig machen kann *); allein sobald von Obligationsverhältnissen die Rede kömmt, ist die Sache auch nur auf solche Weise zu erklären und in diesem Sinne zu behandeln. Ist somit jede Forderung nichts anderes als ein (analoges) Eigenthum, so ist der Vertrag als Mittel, die Forderung zu erlangen, überall nichts als ein Mittel des Erwerbs, ein modus adquirendi **); das aber, was durch dies Mittel erworben wird, die obligatio, muß natürlich mit dem Eigenthum κατ' ἐξοχήν nun wieder dieselbe Aehnlichkeit haben, wie überhaupt das Bild, die fictio, mit der Sache selbst. Jede Verschiedenheit der obligatio und des dominium liegt also durchaus nicht in der Natur des Rechtes, vermöge dessen man das eine oder die andere hat, vielmehr sind gerade die Rechte an sich ganz analog, sondern sie liegt in der Natur des Gegenstandes, der bald eine körperliche Sache, bald der Wille eines Individuums ist. Dies vorausgesetzt, so hat Gans darin zwar vollkommen recht, wenn er sagt, es seien Rechte an Sachen denkbar, ohne daß man augenblicklich an eine Klage erinnert werde; allein er dürfte dagegen ebensosehr unrecht haben, wenn er meint, daß bei den obligationes dies nicht gerade so der Fall sei. Eine solche Verschiedenheit, wie Gans sie prädicirt, würde anderswo als im Gegenstande liegen, sie könnte nur in der Natur des Rechtes sein, wo aber ja doch nach Obigem keine ist; wo ja doch, nachdem dasselbe Recht nur auf einen andern Gegenstand übertragen ist, und indem durch diese bloße Uebertragung das Recht selbst keine Aenderung erleiden kann, keine Verschiedenheit sein darf. Indem Gans meint, es sei ein Eigen-

*) Vergleiche oben §. 2. 4.

**) Im A. P. Landrecht auch zum Theil dafür ausgegeben.

thumsrecht denkbar ohne Klage, so supponirt er den Zustand des Friedens, d. h. den Zustand, wo ein Jeder die Rechte des Andern anerkennt. Hiermit haben wir den Schlüssel zu seiner Meinung, aber auch zugleich den Grund für die hier versuchte Erklärung gefunden. Setzen wir nämlich einmal jenen Zustand allseitiger Anerkennung der Rechte und Befugnisse eines Jeden in Bezug auf ein Forderungsrecht voraus, so ist es begreiflich, daß ich hierbei ebensowohl beliebig auf dasselbe einzuwirken vermag, wie auf eine körperliche Sache; und daß ich alle Rechte, die auf die Sache auszuüben möglich sind, gleichmäßig an einer Forderung geltend machen kann. Versuchen wir gleich, dies im Detail zu größerer Ueberzeugung nachzuweisen. Alle möglichen Rechte, die das Eigenthum in sich faßt, reduciren sich auf die drei: Besitz, Gebrauch, Veräußerung. Besitz, oder das Verhältniß zur Sache, beliebig und nach Willkühr darauf einwirken zu können, ist nur eine untergeordnete Wirkung oder eigentlicher: ein bloßes Mittel, die übrigen Rechte zu verwirklichen, insofern aber zu allgemein, zu inhaltsleer, um selbst und für sich etwas zu bedeuten; sein Werth kann nur darin liegen, daß mit ihm und durch ihn die sonstigen Rechte, die allein einen Inhalt haben, geltend zu machen sind. Dies wird anders auch wohl so ausgedrückt: der Inhalt des Eigenthums besteht in dem Verhältnisse des Willens zur Sache *). Der Wille kann sich geltend machen durch Aufgeben der Sache — Veräußerung; oder durch Vorwenden der einzelen Theile und Qualitäten, durch ganze oder theilweise Consumtion derselben — Gebrauch; Mittel für beide Zwecke ist der Besitz: das Verhältniß, wonach meine Einwirkung möglich wird — der Besitz ist gleichsam die Folie der andern Rechte. Er ist somit seinem Inhalte nach nicht Recht an

*) Hegel l. c. §. 53.

sich, weil sein Werth nur von dem Werthe der andern Rechte abhängt; darum aber er selbst ein Abhängiges, ein Untergeordnetes wird.

Nunmehr wird sich unsere Behauptung von selbst rechtfertigen: daß in jenem von Gans supponirten Zustande des Friedens, d. i. allseitiger Achtung der Rechte, ich ebenso auf meine Forderung einwirken kann, wie auf eine körperliche Sache. Ich kann ein Forderungsrecht ganz oder theilweise benutzen, gebrauchen, veräußern; es steht mir darum auch ebenwohl ein Besitzrecht, d. h. die Befugniß zu, jene Rechte beliebig und jeden Augenblick geltend zu machen, gleichwie bei einer körperlichen Sache. Selbst wenn sich der Besitz in dem bloßen Innehaben äußere, insofern aber lediglich als Eigensinn geltend machen sollte, so steht mir dies gleichmäßig bei einer Forderung zu: ich darf sie unaufhörlich und überall für die meinige erklären, ich darf eine beständige Disponibilität der Verpflichteten fordern und niemand hat das Recht, dies zu bestreiten. Auch darin, daß in dem einen Falle eine positive Anerkennung eines Individuums, des Verpflichteten, durch Bereitwilligkeit — Bereithalten seines Willens — vorhanden sein muß, während in dem andern, nämlich bei Sachen, nur das negative Anerkenntniß, mich nicht stören zu dürfen, ist nur anscheinend ein Unterschied, in der Wirklichkeit ist es eins und dasselbe. Dort ist nur das Verhältniß zu einem, hier das zu allen Bürgern hervorgehoben. Denn so wie ich hier von aller Welt fordere, auf meine Sache nicht einzuwirken und rpe. meine Einwirkung darauf nicht zu stören; so dort, daß sie sich aller positiven Einschritte gegen jenen mir untergebenen Willen, z. B. durch Unmöglichkeitsmachung des Aeusserns, enthalte. So wie dort schon etwas Negatives, nämlich die Nichtanerkennung von Seite des Obligirten, mein Recht beeinträchtigt, so hier ebenfalls z. B. schon die Negation,

mein Grundstück zu verlassen, meine Sache mir herauszugeben. Was hat nun aber das Eigenthum κατ' ἐξοχήν wohl mehr zu bedeuten als eine Forderung, welcher Unterschied besteht noch zwischen beiden, wenn dort jemand die bisher meine, hier die bisher seine Sache mir zu geben sich weigert? Wohl nicht der allergeringste. Dort wie hier, hier wie dort, habe ich ohne Klage gar nichts. Es wird hiermit die Annahme gerechtfertigt sein, daß der zwischen Eigenthums- und Forderungsrechten sich ergebende Unterschied, wenn man einmal die Vermögensrechte so eintheilen will, in nichts anderem liege als im Gegenstande und keineswegs der Natur des Rechtes selbst. Ja es kann ein Eigenthumsrecht unter Umständen, z. B. in der Vindication, nur durch Einwirkung auf den Willen der negirenden Person geltend gemacht werden, d. i. mittelbar, während umgekehrt mitunter ein Forderungsrecht durch unmittelbare Einwirkung auf eine Sache, wie z. B. bei der Retention.

Was nun aber dem sonst so scharfsinnigen Gans besonders nicht hätte entgehen sollen, ist, daß sein Beispiel von bonitarischem Eigenthum sich völlig als unpassend darstellt. Ein bonitarisches Eigenthum, wenn man das so wohl bezeichnete Recht als das betrachtet, was mit dieser Bezeichnung gemeint ist, nämlich ein Rechtsverhältniß, das die Wirkungen des Eigenthums nicht hat, ist ein reines Unding — es ist ein Eigenthum, was aber doch wieder kein Eigenthum ist. Besteht das Eigenthum in diesem Sinne darin, daß jedermann anerkennt und der Staat garantirt, daß ich über eine Sache verfügen, d. h. sie gebrauchen und veräußern, zu beiden Zwecken aber auch besitzen darf, so ist ja jedes Verhältniß, was solche Qualitäten nicht hat = keinem Eigenthum. Indem nun die Römer ein Verhältniß kennen und davon reden, das man jetzt unglücklich genug bonitarisches Eigenthum nennt, so gestehen sie ja gerade

dem, qui rem in bonis habet, kein Eigenthum zu. Warum sie dies nicht thun, und daß sie es namentlich nicht thaten wegen ihrer schwerfälligen Ansichten über Erwerb des rein Römischen, des Quiritarischen, hat hierortes gar keine Bedeutung; genug, sie legten diesem Verhältnisse nicht die Wirkung des Eigenthums bei, erkannten es nicht für das Verhältniß des Eigenthums an. Darum war es auch natürlich, daß sie dafür keine eigentliche vindicatio hatten. — Ergiebt sich nun hieraus, daß die Römer kein Eigenthum kannten, ohne ein gleichzeitiges Recht zu klagen, so ergiebt sich damit auch die Unrichtigkeit des von Gans hierin gesetzten Unterschiedes der obligatio vom Eigenthum. Und sein Satz: „jede obligatio wird erst ein Vermögensrecht durch „die Befugniß, sie geltend zu machen, oder: die obligatio „findet ihre practische Bedeutung erst in der actio," wenn derselbe lediglich auf die obligatio bezogen wird, ist falsch, weil er gleichwohl auf das Eigenthum paßt. Aber neben dieser Unrichtigkeit enthält er auch einen Widerspruch mit Gansens eigner Meinung — wir sind also hier auf dem Punkte angelangt, Gans mit seinen eignen Waffen schlagen zu können. Nach ihm soll das Charakteristische des Eigenthums, der specifische Unterschied zwischen demselben und der obligatio darin bestehen, daß jenes denkbar sei ohne eine actio. Allein was hier als eine Eigenthümlichkeit des Eigenthums in Anspruch genommen wird, findet sich ganz gleichmäßig und durchaus ebenso bei dem Forderungsrecht. Soll also nur ein Eigenthum denkbar sein ohne Klage, so ist auch das Forderungsrecht ein Eigenthum, weil es auch deren ohne Klage giebt, nämlich die römische obligatio naturalis. Freilich soll hier dieser nicht das Wort geredet, nicht bestritten werden, daß es im Grunde verkehrt sei, eine obligatio anzuerkennen, die doch eigentlich keine ist, gleichwie es verkehrt ist, Eigenthum zuzugestehen, wo doch keines

existirt; allein die Verkehrtheit ist gleichgroß bei beiden, beim dominium und der obligatio. So gut wie eine obligatio, die nicht geltend gemacht werden kann, keine ist, so ist auch ein Eigenthum, was nicht Eigenthumsrechte hat, kein Eigenthum.

Wir müssen uns nur immer erinnern, daß jener Unterschied zwischen obligatio und obligatio naturalis, zwischen dominium und in bonis esse nicht in der Natur der Rechte liegt, daß er nur bei den Römern uns erscheint, daß er eine monströse Singularität ihres Rechtssystemes bleibt, mit dieser singulären Erscheinung aber an der Natur des Eigenthums so wenig als an der Eigenschaft der obligatio irgend etwas geändert wird. — Wir sind also dahin gekommen, um einzusehen, daß dasjenige, was Gans uns als eine Eigenthümlichkeit der von ihm s. g. absoluten Vermögensrechte an sich aufzeigen wollte, keineswegs dies, sondern eine römische Monstrosität gewesen, daß er aber, um sich nicht mit sich selbst in einigen Widerspruch zu setzen, nun auch nicht die auf ähnliche Weise bei der römischen obligatio ausgebildete Abnormität einer obligatio naturalis hätte übersehen müssen. Jene Ansichten der Römer aber können bei weitem nicht auf Gemeingiltigkeit Anspruch machen. Diese Römer hatten auch, in ihrer so häufig vertrakten Manier, ein Recht für sich allein, in ihrem jus quiritium und wiederum ein Recht vernünftiger Menschen besonders, in ihrem jus gentium, darum aber unterscheidet sich noch nicht Recht an sich von Recht. Das Recht, was nicht zugleich eins aller vernünftigen Menschen ist, ist ja eigentlich nichts als die Geburt des Unsinnes und somit baares Unrecht. Darum konnten die Römer ja auch jenes Recht, quod naturalis ratio constituit, neben dem ihrigen nicht entbehren *).

*) Der römische Unterschied zwischen obligatio naturalis und civilis ist allerdings nichts anderes als eine monströse Sonderbarkeit,

Erkennen wir nun, um es kürzlich zu wiederholen, überhaupt eine obligatio, ein Forderungsrecht, an, als das Recht, den Willen eines andern zu Gebot zu haben — was, wie gezeigt, nur durch eine positive Gesetzgebung möglich wird — so ist auch nur das eine wahre obligatio, die geltend gemacht werden kann, und eine andere giebt es nicht, so wie es auch kein anderes Eigenthumsrecht geben kann als ein äußerlich erzwingbares. Soll nun hierneben das die practische Bedeutung der obligatio genannt werden, daß sie eine actio producirt, so ist diese Folge gleichmäßig die practische Bedeutung des Eigenthums. Wird jene nicht anerkannt, so hat sie ohne Klage keinen Werth — aber auch das Eigenthum an einer Sache hat keinen Werth ohne dieselbe, wenn es nicht anerkannt, sondern bestritten wird.

Sind diese Sätze an sich wahr, so würde an diesen Wahrheiten die Ansicht des von Gans citirten römischen Paulus, wenn dieselbe jenen entgegenstände, wenig zu ändern vermögen. Allein etwas Entgegenstehendes zu behaupten, scheint nicht die Meinung des Paulus gewesen zu sein. Vielmehr sagt derselbe in der allegirten Stelle wohl nicht mehr und nicht weniger als: das Forderungsrecht bestehe nicht darin, daß ich damit ein corpus, eine Berechtigung unmittelbar erwerbe, sondern nur darin, daß der Dritte ge-

---

die jede Gesetzgebung möglichst zu meiden hat; denn sie enthält eine ungeheuere Inconsequenz. Wenn ich eine s. g. **obligatio civilis** habe, so erkenne ich ja an, daß nur unter einer gewissen Form die **obligatio** sich soll gestalten können; gestatte ich nun aber daneben dennoch eine **obligatio naturalis**, so erkläre ich stillschweigend, daß meine vorige Annahme nicht ganz richtig ist, indem doch auch neben jener Form eine **obligatio** entstehen dürfe. Indem ich somit jedesmal in der einen Annahme die andere indirect aufhebe, declarire ich mich selbst, wenn ich sie dennoch nebeneinander bestehen lasse, für einen, der nicht weiß, was er will. — Das A. L. R. kennt keine **obligatio naturalis** im römischen Sinne.

halten sei, jenes corpus zu dem unsrigen zu machen. Das aber wissen wir schon so lange, als wir obligationes kennen, und es ist also gar nichts Besonderes. Und wenn der ebenfalls angeführte Ulpian erklärt: eine nuda pactio producire keine obligatio, sondern eine exceptio, so hat er wahrhaftig nicht sagen wollen, obligatio und actio sei eins und dasselbe. Die obligatio ist ja doch von der actio verschieden, wie Ursache von Wirkung. Weil aber keine Ursache ohne Wirkung sein kann, und umgekehrt, so kann auch keine obligatio gedacht werden ohne actio und keine actio ohne obligatio. Wo demnach nur eine exceptio entsteht, die nicht die volle Wirkung der obligatio umfaßt, sondern viel weniger, da kann mit diesem Absein der vollen Folge, auch nicht das Bestehen der vollen Ursache, der obligatio, gedacht werden — und so sehr Ulpian, dies anmerkend, recht haben mag, so wenig sagt er damit etwas Wichtiges *).

Gans will S. 9. als die Basis seiner ganzen spätern Deductionen die Meinung geltend machen, daß im römischen Rechte ein formales Rechtsprincip, in dem das unwandelbare Feste angedeutet sei, neben einem materialen, modificirbaren fortlaufe. Es dürfte indeß keineswegs in diesem von Gans dargelegten Sinne wahr sein, daß sich beide diese Principe nebeneinander aus- und fortgebildet hätten; es bleibt vielmehr ewig undenkbar, wie dies auch nur möglich sei; denn es kann doch nur ein fortbildendes

---

*) Ob nun das, was Gans S. 7. über die Eintheilung der obligationes nach den Klagen in o. stricti juris et bonae fidei sagt, an sich richtig sei oder nicht, kann hier zur Seite bleiben; aus dem Grunde aber, weil die Bedeutung der obligationes nur in den Klagen bestände, wird die Eintheilung nicht gerechtfertigt erscheinen können — wenn nur irgend etwas Wahres an unserer Deduction ist. Nichts aber möchte unrichtiger scheinen als eine Eintheilung in **obligationes civiles et praetoriae.**

Princip als die Richtung des Geistes der Gesammtheit gewesen sein. Annehmen, daß solcher Principe zwei, in divergirender Richtung fortgehend, herrschend gewesen wären, heißt voraussetzen, daß der Staat, als Gesammtheit, sich selbst aufzulösen, sich vorgesteckt. Nichts wird vielmehr an der Behauptung wahr bleiben, als daß anfänglich Mißtrauen und Egoismus mit noch andern Erbsünden der Römer — der sich und somit das Seinige, das ächt Römische, liebte; der, bedachtsam und abergläubisch wegen der erstern Eigenschaft nicht gerne sein Eigenthum von sich ließ; wegen der letztern aber die Veräußerung langsam und schwerfällig unter vielen Ceremonien veranstaltete — daß diese es zur Folge hatten, daß derselbe den Vermögenstausch nur in einem äußerst rohen und unbeholfenen Mechanismus bewerkstelligte; eben darum aber auch: daß er die gerichtliche Anerkennung des Tausches und eines erworbenen Rechtes an steife Formen anhieng; daß dieser Rigorismus allmählich den geläuterten, von aussen hereindringenden Ansichten der Dinge Platz machen mußte; daß diese bessern Ideen zunächst in der Prätur, später in den Rechtsgelehrten sich repräsentirt fanden; endlich, daß somit aus dem steinigten Boden des strengen Rechtes sich durch die Zeit die Dammerde der Vernünftigkeit bildete, aus welcher die Pflanze der verständigen Gerechtigkeit oder aber Billigkeit allmählich emporsproßte *).

So entwickelte sich das System der Billigkeit aus dem strictum jus, nicht aber neben demselben; anfangs unschein-

---

*) Der Römer war pedantisch, sogar in seinen täglichen Beschäftigungen, die sich wiederholten und an Zeit gebunden waren; abergläubisch, wie seine Sitten und religiösen Meinungen bekunden; geizig, also auch mißtrauisch, daher seine Furcht vor Schenkungen; die Härte gegen Schuldner und Untergebene; der Dolch und das Gift, um Erbschaften zu erlangen; die Zinsbedrückungen ꝛc. Schweppe Rechtsgesch. §. 14.

bar heraustretend und überall noch mit ihm verwebt, später mehr und mehr sich von ihm trennend; keineswegs indeß wie ein feindseliges Princip sich ihm gegenüberstellend, vielmehr wie Mutter und Tochter auseinandergegangen. Daß sie gleichzeitig neben einander gestanden, jedes als in sich gesondertes und abgeschlossenes Ganzes, wie Gans prädicirt, ist nimmer wahr, sondern nur das bleibt richtig, daß sie aus einander gekommen, sich getrennt haben, so etwa wie das Christenthum aus Judenthum, die Reformation — wenigstens nach der Meinung der Protestanten — aus Katholicismus. Daß sich diese beiden Systeme für den spätern Beobachter als zwei verschiedene darstellen können, daß dieser sich dieselben als gesonderte zu denken vermag, ist freilich wahr, allein hieraus folgt nichts für die Gansische Meinung.

Indem Gans S. 10. fortfährt, aus dem möglichen Inhalt eines Gesetzes Deductionen herzuleiten; indem er angiebt, was in der obligatio, die von einem Gesetze eingeführt worden, möglicherweise enthalten sein möge, können wir wiederum nicht umhin, die Unrichtigkeit seiner Ansicht zu glauben. Das Citat für die Gansischen Behauptungen ist fr. 7. D. de Legibus (1. 2.): Legis virtus est: imperare, vetare, permittere, punire. Hieraus soll folgen, daß eine jede durch ein Gesetz eingeführte obligatio nothwendig einseitig und stricti juris sein müsse. Das liegt aber keineswegs in jener Stelle, vielmehr ist damit gar nichts, so scheint es, für Gans zu gewinnen. Eine jede gesetzliche Regel kann gebietende, verbietende und erlaubende Vorschriften enthalten, und für die Nichtbefolgung einer dieser Vorschriften kann ein Gesetz Strafen zufügen. Allein wie folgt hieraus, was Gans will? und wie liegt in jenem Ausspruche, was er darin findet? Dies soll nämlich sein, daß jede aus

dem Gesetz unmittelbar herfließende obligatio nur einseitig sein, stäts auf ein dare eines certum gerichtet sein müsse; mithin eine jede Klage, die aus dem Gesetz entspringe, gleichfalls nur auf das dare eines certum gehen dürfe. Man bedenke hierbei aber nur, daß nicht bloß die gesetzliche Regel (die aus der lex), sondern ebenso die prätorische — die nach Gans als eine der Billigkeit jener schroff entgegengesetzt sein soll — die Eigenschaft hat, zu imperare, vetare, permittere, punire, und zwar aus dem ganz einfachen Grunde, weil keine Vorschrift auf eine andere Weise sich zu äußern vermag. Es ist demnach nicht sowohl eine besondere Eigenschaft der lex, als vielmehr die allgemeine und nothwendige einer jeden Regel, sich der Art zu äußern. Hieraus ergiebt es sich nun nicht ausschließlich bei jener obligatio, die unmittelbar aus dem Gesetz kommt, daß deren Inhalt ein solcher sei: „daß der Eine etwas fordern „dürfe, was der Andere thun müsse;“ sondern dies und nichts anderes ist die einzige und ewige Folge einer jeden obligatio — nie ist noch etwas anderes der Inhalt einer obligatio gewesen, und das zwar ohne Unterschied, wessen Ursprungs sie sei, ob sie aus einer lex, aus dem prätorischen Edict, oder wo es immer sei, hergekommen. Bei einer jeden obligatio ist — was Gans als ein Eigenthümliches seiner einseitigen in Anspruch nimmt — der Verpflichtete nicht berechtigt, sondern wenn er nebenbei auch dies ist, so ist er es als Berechtigter, also in einer andern Qualität, und die Erscheinung dieser andern Qualität hat, als andere von jener erstern verschiedene, auch einen andern Grund, und ist somit Folge auch einer andern, neuen Regel. Was demnach Gans als Besonderheit der einen obligatio vindicirt, finden wir als eine Eigenschaft, die allen gemein ist.

Wenn Gans nun weiter, zur Aufrechthaltung seines Unterschiedes, anführt: Obligationen, die nicht einseitige, son-

dern gegenseitige Verhältnisse begründen, wo einer berechtigt und verpflichtet zugleich werde, könnten nicht aus dem Gesetze kommen, sondern nur von ihm bestätigt sein, — so müssen wir aufrichtig bekennen, diese sublime Unterscheidung nicht recht fassen zu können. Nach dem Wortverstande heißt dies nichts Anderes als: ein Rechtsverhältniß, welches das Gesetz neu einführt — obligatio, die aus dem Gesetz kömmt — ohne daß dasselbe bisher noch in irgend einer Beziehung bestanden hat, ist einseitig, d. i. stricti juris; wo aber das Gesetz ein bereits im Volke vorgefundenes, durch Sitte oder Nothwendigkeit sich ergebenes Institut, als fortan auch äußerlich giltiges sanctionirt — die obligatio bestätigt — da ist dies anders: die obligatio ist hier bonae fidei. Nun wird aber durch eine solche Bestätigung überall nichts erzeugt, als die äußere Giltigkeit der obligatio, d. h., um mit den Römern zu reden, die obligatio naturalis wird zur civilis erhoben. Da nun der ganze Unterschied zwischen obligatio naturalis und civilis darin besteht, daß diese, was jene nicht, eine actio mit sich führt, so kann begreiflicherweise jene Bestätigung in nichts Anderem sich äußern, als eben, daß sie eine actio gewährt. Diese actio wäre demnach doch eine vom Gesetz eingeführte. Begreiflich aber muß auch die nach Gans aus dem Gesetz kommende obligatio eine actio produciren; denn darin ist ja, nach seiner eignen Lehre, gerade das Charakteristische aller obligatio enthalten — also auch in diesem Falle ist von dem Gesetz eine actio eingeführt. — Wir wären also soweit gekommen, daß eine actio, durch das Gesetz eingeführt, und wieder eine actio, durch das Gesetz eingeführt, darin sich unterscheiden sollen, daß die eine immer stricti juris, die andere immer bonae fidei wird. Nicht aber etwa deßhalb unterscheiden sie sich so, weil ihr Gegenstand verschieden ist, sondern lediglich darum, weil zu der einen der

Gesetzgeber den Stoff hergegeben, zu der andern ihn aber vorgefunden hat! Reime sich das, wer da kann. Unseres Bedünkens haben beiderlei Obligationen ihren Grund im Gesetze, und es kann daher ihre Verschiedenheit nicht in diesem Grunde gesucht werden sollen, der ja doch nur ein und derselbe ist.

Als Beispiel einer solchen, vom Gesetz bestätigten, obligatio führt Gans zum Beleg die des socius an, allein dies dürfte nicht recht passend sein. Auch der socius ist ja nicht nothwendig immer zugleich berechtigt und verpflichtet; und wo er beides ist, da liegt doch wohl nicht in seiner Qualität als Berechtigter zugleich die andere, Verpflichteter zu sein. Wenn der eine socius als Berechtigter etwas anspricht, dagegen der dieserhalb Verpflichtete wiederum etwas von jenem, so ist das Verhältniß nun für diesen Gegenanspruch umgekehrt, dieser ist aber nicht etwas Nothwendiges. Nun kann überhaupt auch von jener Wirkung der societas, wovon Gans redet, nämlich der actio, immer erst alsdann gesprochen werden, wenn dieselbe aufgelöset, wenigstens die Handlung, woraus das streitige Recht hergekommen, vorüber gegangen ist. Hier ist es aber sehr häufig, wenigstens leicht möglich, daß nur der eine obligirt und der andere bloß berechtigt sei, und in allen solchen Fällen hätten wir, nach Gans Weise, einseitige Obligationen. Bei der emtio venditio, um in der Meinung von Gans mit Beispielen von negotiis, welche actiones bonae fidei erzeugen, fortzufahren, ist der emtor berechtigt, das Kaufobject zu fordern — weil ihm dies versprochen worden; dagegen kann der venditor den Preis begehren — weil ihm dieser zugesagt ist. Beide Obligationen bestehen von einander abgesondert und sind insofern einseitig; denn als Käufer ist der eine berechtigt, das Object zu fordern, aber in dieser Rücksicht ist er zu nichts verpflichtet. Verpflichtet ist er, das versprochene Geld zu

geben, aber in Bezug hierauf hat er nun keine Berechtigung. Beide Qualitäten bestehen also neben einander, nicht nothwendig mit einander, sie sind also als Recht und Pflicht einseitig. Noch klarer wird dies, wenn man erwägt, daß der Eine seine Ansprüche erlassen kann, die des Andern aber dennoch ungeändert fortbestehen bleiben, woraus sich ergiebt, daß sie nicht nothwendig cohäriren, weil sie sonst gemeinschaftlich stehen und fallen müßten.

So wie demnach die Meinung nicht begründet erscheint, daß mit dem Gesetze nur einseitige Obligationen als besondere von den zweiseitigen geschiedene Species gegeben seien; so auch nicht die weitere Annahme, daß die Folge und Wirkung des Gesetzes lediglich darin bestehe, daß durch seinen Ausspruch der eine berechtigt, der andere zu einer Leistung obligirt werde; welche Voraussetzung überdies den Fehler haben dürfte, daß sie leicht zu irrigen Vorstellungen führt. Es scheint nämlich nach dieser Phrase, als ob die Folge eines Gesetzes jedesmal eine obligatio sei. Das ist aber keineswegs der Fall, vielmehr kann auch noch vieles Andere die Folge einer gesetzlichen Verfügung sein. Um nur an einem Falle beispielsweise zu zeigen, wie richtig diese unsere Bemerkung sei, bleiben wir einmal bei der Vorschrift des *vetare* stehen. Hierin liegt ja möglicherweise bloß die Pflicht, etwas nicht zu thun, jene allgemeine Pflicht, die keine obligatio ist. Nicht einmal zu gedenken der vielen Fälle, wo der Prätor sein fieri veto aushieng — womit schon die Einseitigkeit der Gansischen Behauptung genügend hergestellt ist — wollen wir ein Beispiel aus der Lex κατ᾽ ἐξοχήν anführen. Nach der 2. Verordnung der III. Tafel unserer Zwölftafelgesetze sollte nicht mehr als eine Unze Zinsen genommen werden — doch zweifellos ein Fall des vetare. Allein begreiflich entsprang hieraus unmittelbar gar keine obligatio. — Die bekannte Verordnung jenes Gesetzes: adver-

sus hostem aeterna auctoritas esto, enthält ja nicht weniger ein vetare; allein wie kann dabei von einer obligatio auch nur geredet werden?

Im Fortgang seiner Deduction folgert Gans S. 11., daß jede aus einem Gesetze entspringende obligatio das dare eines certum in sich begreife, daß selbst bei dem gebotenen facere jene nur wieder auf eine pecunia certa gehen könne, denn die für die Unterlassung gedrohte Strafe sei eine bestimmte und überall auch die Folge des non facere immer eine Strafe. In dieser Rücksicht, daß nämlich dabei stäts nur die datio eines certum gefordert werden könne, setzt er testamentum und stipulatio dem Gesetze ganz gleich.

Keinen dieser Sätze indeß vermögen wir anzuerkennen. Zunächst folgt wohl aus der Natur des Gesetzes, dessen innerstem Wesen, wie Gans sich ausdrückt, noch keineswegs, daß eine jede obligatio ex Lege descendens jedesmal ein certum betreffen müsse. Auch kommt Gans zu dieser Behauptung nur mit einem Sprunge. Wir wollen mit Recht nachgewiesen haben, daß dem so sei, und finden hierfür statt der Beweise — die nackte Behauptung. Es scheint aber in der That auch nicht, als ob dieselbe sich irgend besser begründen lasse. Unter Lex versteht hier Gans — wenn dies mit Bestimmtheit auch nicht ausgedrückt ist, so liegt es doch offen genug zu Tage — Alles, was legislative Vorschrift ist, aber nicht zum jus honorarium gehört, sondern jus civile sensu strictissimo bleibt. Insofern nun da in dem jus civile et honorario ein innerer Unterschied der Wirkungen eines jeden derselben; ein Unterschied der obligationes nämlich, die aus dem jus civile herkommen, die darin vorgeschrieben sind, und jener, die aus andern Rechtsquellen erzeugt werden, aufgezeigt und begründet werden soll, so möchte dies verkehrt erscheinen. Will man unter Lex nur

dasjenige verstehen, quod populus jubet atque constituit: dieser Lex aber Alles das entgegensetzen, was auf irgend eine andere Weise zur Rechtsnorm geworden ist, so dürfte es sonderbar sein, in der Quelle, dem Ursprunge des Rechtes — die überall ja doch nur Rechtsnormen erzeugen — eine Verschiedenheit des Gegenstandes suchen, selbst mit Nothwendigkeit dort hinein legen; da eine solche Verschiedenheit doch nur im Product und dem Gehalt des Productes liegen kann, und da verschiedene Quellen ein dem Gehalt nach ganz gleiches Recht wenigstens zu produciren vermögen.

Nimmt man aber auch den Begriff der Lex selbst in dem ganz weiten Sinne, wo ihr, wie nach Gans, bloß das Edict, als eine Quelle des mildern Rechtes, entgegensteht, so kann auch alsdann jener vorgegebene Unterschied nicht bestehen; d. h. wenigstens insofern nicht, als nicht von der Quelle selbst, sondern von deren Erzeugniß die Rede ist. Ueberall beim Recht, als dem Product der Gesetze, wird es auf den Inhalt, den inneren Gehalt, ankommen, nicht aber den Producenten, oder die verschiedenen Formen und Gestalten, worin dieser sich zeigt. Producent des Rechts ist stäts der Gesetzgeber, nie und nimmer ein anderer; möge er in der einen, oder möge er in einer andern Gestalt thätig werden — immer ist doch die gesetzgebende Gewalt es, die das Recht erzeugt. Das Product derselben wird also nur verschieden sein nach den verschiedenen Zeitumständen, den jedesmaligen Bedürfnissen, der Gesammtheit, welche Bedürfnisse besonders von der Culturstufe motivirt werden. Daher wird es einerlei sein, wer in den verschiedenen Bildungsstufen eines Staates ihm Gesetze giebt, so daß ein Prätor, wenn er zur Zeit der Vertreibung des Tyrannen Tarquinius fungirt hätte, damals andere Vorschriften ertheilt haben würde als zur Zeit der Triumvirn; so wie

auch die Lex, denn der letztern Vorschrift A. U. 244. mußte sich sehr von jenen A. U. 700. unterscheiden. Ja es unterliegt keinem Bedenken, daß zur Zeit der Errichtung nach der Prätur deren Anordnungen mehr Rigorismus athmeten, als in spätern Zeiten die Leges — was freilich nach Gansens frappanter Behauptung anders sein müßte. — War nun auch die gesetzgebende Gewalt früher allein in dem versammelten Volke, so zeigte sie sich später thätig in der Prätur; überall aber, dort wie hier, war es doch immer nur die eine Gewalt, der vernünftige Wille des Ganzen, d. h. das die Gesammtheit zur verständigen Harmonie leitende Princip, welches die Rechtsnormen erschuf. Mochte auch dort bei dem Volke scheinbar mehr die Seite der äußern Gewalt und die Norm selbst mehr als Befehl der Gesammtheit hervortreten, so zeigt sich dieser vernünftige Wille in dem Edict des Prätors nur mehr als der Geist des Ganzen, als die Seite der Intelligenz, welche ihre ewige Forderung geltend macht. Dort ist äußere Macht, hier ist es mehr die innere Kraft, was die Norm zur Giltigkeit erhebt. Aber diese Norm ist und bleibt doch überall nichts Anderes als der formale Abglanz des allgemeinen Willens, des Geistes, der das Ganze durchdringt und beherrscht. Diejenige Gewalt im Staate nun, welche das leitende, fortführende Princip in Händen hält, ist eine gesetzgebende, und so war in Rücksicht des bürgerlichen Rechtes der Prätor durchaus nicht minder ein wirklicher Gesetzgeber, wie der populus in seiner großen Versammlung. Man kann also überall nicht einsehen, warum die Lex immer ein anderes Princip befolgt haben sollte als die Prätur. Daß die spätern Leges mildere Ansichten geltend machen als das frühere Edict, wird niemand bestreiten wollen, und leicht möchte es werden, dies nachzuweisen, ungeachtet das frühere Edict uns nicht aufbewahrt ist.

Man darf also wohl gegen Gans behaupten, daß in Bezug auf den Ursprung dessen, was sich bei den Römern als Rechtsnorm geltend gemacht, es einen Unterschied nicht anders als in der Form der Geltendmachung geben könne. In dieser Form aber kann sicherlich nicht eine innere Verschiedenheit des Productes gegeben sein, denn diese ist ein Wesentliches, und jene, die Form, ein Zufälliges; das letztere aber kann dem erstern niemals Qualitäten verleihen. Darum kann man also wohl prätorisches und anderes Recht unterscheiden, allein ein solcher Unterschied kann begreiflich nie den wesentlichen Inhalt der Normen selbst betreffen *).

Durfte nun die oben vorgetragene Ansicht sich für richtig ausgeben, und bleibt es wahr, daß das strictum jus und die aequitas nicht neben einander, wie zwei isolirte, verschiedene Richtungen verfolgende, Systeme fortgegangen; sondern bestehen dieselben vielmehr successiv nacheinander, so daß jenes in diesem abgestorben, diese aus jenem emporgeblüht ist; so kann auch weder dies ohne jene begriffen, noch das Eine unabhängig vom Andern dargestellt werden. Am wenigsten aber kann ein richtiges System (das soll sein: ein treues Abbild) des römischen Rechtes, wie ein solches für uns Bedürfniß ist, geliefert werden, wenn dasjenige, was vom strictum jus noch erkennbar ist, oder dies zu sein scheint, abgesondert von dem, was nun noch weiter als integranter Theil dieser Gesetzgebung besteht, dargestellt; wenn letzteres dem ersteren, schroff geschieden, gegenüber gestellt werden soll. Denn wir haben ja das römische Rechtssystem in sei-

*) Fast sollte einen bedünken, Gans fasse in den Begriff **Lex** den frühern Inhalt derselben, und in den des Edicts nur dessen spätere Gestalt. In diesem Sinne ließe sich scherzhaft erwiedern: wenn in Rom zuerst das Edict und danach die **Leges** die Form der Bekanntmachung, d. h. Objectivirung des Rechtes, gewesen wäre, so würde in jenem das **strictum jus**, in diesem die **aequitas** vorwalten.

ner spätern Gestalt, in dem damals es beherrschenden Geiste recipirt — wo sich aequitas und strictum jus wechselseitig durchdringen und erläutern, die ebendarum auch nur in ihrem Durcheinandersein richtig begriffen werden können *).

Scheint es nun für ausgemacht und nachgewiesen angenommen werden zu können, daß die Erscheinung eines strictum jus und eines Systemes der Billigkeit in der Verschiedenheit der frühern und spätern Rechtsansicht der Römer selbst, nicht aber in der Verschiedenheit der Form, worin dieselbe zur öffentlichen Geltung gebracht wurde, gelegen sein könne, so dürfte sich schon hieraus von selbst ergeben, daß das strictum jus nicht, wie Gans annimmt, gerade daraus erkennbar sei und die Folge habe, daß die diesfällige obligatio auf das dare eines certum gehe. Um nun in dieser Rücksicht einen weitern Anhaltspunkt für die Beurtheilung zu gewinnen, dürfte es zwecklich und nöthig sein, schon hier darüber ins Reine zu kommen, was die Römer mit dem dare eines certum gemeint haben; woraus sich denn ferner leichter ermitteln läßt, wenn sie ein solches zum Gegenstand einer obligatio gemacht haben, und wie diese dann mit dem strictum jus zusammenhänge.

Nach den Beschreibungen **) der Römer soll certum sein: „wobei aus der wörtlichen Bezeichnung selbst erhellet, „was, wie geeigenschaftet, und in welcher Größe es sei";

---

*) In Ganzischer Manier soll die alte Rechtsverfassung nur eine neue, jede ohne die andere begriffen werden, die doch, abgesondert gedacht, nicht wohl begreiflich sein können, da eine jede zum Theil in der andern lebt. — Und wie läßt sich aus den spärlichen Fragmenten, die wir aus den Zeiten des strictum jus erübrigt haben, ein Gebäude in dem Styl des letztern aufführen!

**) Aus solchen Beschreibungen und den angeführten Beispielen ergiebt sich, was damit gemeint sei — eine streng wissenschaftliche Definition findet sich nicht vor.

z. B. zehn Aurei, der Fundus Tusculanus, der Sclave Stichus.

Gajus Lib. 8. ad Ed. prov.

Fr. 74. D. de V. O. (45. 1.)

Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit: ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.

Darum ist kein certum: der Nießbrauch eines, wenn auch bestimmten Grundstückes, denn das quale und quantum kann nicht genau aus der pronuntiatio ermessen werden.

Ulpianus Lib. 22. ad Edict.

fr. 75. §. 3. D. ib.

Fundi certi, si quis usum fructum stipulatus, incertum intelligitur in obligationem deduxisse, hoc enim jure utimur.

Die zukünftige Geburt von der Arethusa, die zukünftigen Früchte des Fundus Tusculanus sind darum kein certum.

fr. 75. §. 4. cit.

Illud dubitationem recipit: si quis id, quod ex Arethusa ancilla natum *erit*, aut fructus, qui in fundo Tusculano nati *erunt*, dari sibi stipulatus sit, an certum stipulatus videatur. Sed ipsa natura manifestissimum est, incerti esse hanc stipulationem.

Der gegenwärtig auf einem bestimmten Lager liegende Wein, Weizen, Oel ist certum, weil man gegenwärtig und mit der Bezeichnung selbst ganz genau wissen kann und ausspricht, was es sei. Nicht aber so: „meine Forderung an „Sejus" — oder: „was du mir aus einem Testamente „schuldest"; denn damit ist weder eine species bezeichnet, noch kann aus einer solchen generellen Demonstratio erkannt werden, quid quale, quantumque sit. Beim Wein auf die-

sem Lager ꝛc. indeß, da weiß ich, daß es diese Species von Wein ist ꝛc.

fr. 75. §. 5. 6. ib.

Sed qui vinum, aut oleum, vel triticum, quod in horreo est (man muß sich nun ein bestimmtes horreum denken, dessen Inhalt nicht unbekannt, oder der gegenwärtig war) stipulatur, certum stipulari intelligitur. Qui vero a Titio ita stipulatur, quod ex testamento mihi debes, dare spondes, incertum in obligationem ducit, licet Sejus certum debeat, vel ex testamento certum debeatur.

Ein facere ist daher niemals certum, weil die qualitas et quantitas dabei niemals fixirt ist, d. h. die Größe, die ihren Maßstab nur in einem allgemeinen Werthmaß, z. B. Geld, finden kann, nicht sofort angegeben ist; weil es ungewiß bleibt, ob und inwieweit dasselbe vollbracht werden möge; und da, wo jene sich ermitteln läßt, doch nicht sofort und gegenwärtig und unzweifelhaft in der pronuntiatio selbst liegt.

fr. 75. §. 7. ib.

Qui id, quod in faciendo, aut non faciendo stipulatur, incertum stipulari videtur.

Aus diesen verschiedenartigen Beschreibungen und Beispielen resultirt nun, daß der Begriff des certum dahin gesetzt werden muß:

„Es ist Dasjenige, ein solcher Anspruch, welcher in „keinerlei Weise weder seiner Existenz selbst noch in „quantitativer oder qualitativer Rücksicht zweifelhaft „und ungewiß bleibt, sondern in allen diesen Beziehungen bestimmt und gegenwärtig erkannt werden kann — „von dem mit Gewißheit sofort gesagt werden mag, „wie, was und wieviel es ist, ob eine Species oder

„ein Genus, welche der Quantität und Qualität nach genau fixirt sind *).

Alles dasjenige, was nicht unter diesen Begriff paßt, das bleibt natürlich ein incertum. Alles, wobei wir aus irgend einer Rücksicht sagen müssen: „ignoramus“, das ist ein incertum **). Dahin gehören deßhalb auch alle unschätzbaren Dinge, z. B. Rechte, Gerechtigkeiten, die Forderungen ex indebita solutione aut promissione, insofern von deren Rückerstattung die Rede ist — weil man hier überall nicht erkennen kann, quid, quale, quantumque sit ***). Auch bedingte, wenn gleich übrigens hinlänglich fixirte Ansprüche, waren somit incerta, weil gegenwärtig nicht erkannt werden kann, inwieweit sie unbedingt werden †).

Nunmehr, nachdem wir genügend instruirt scheinen darüber, was certum und incertum sei, möchte sich eine andere nicht ganz unbestrittene Angelegenheit ganz bequem hier zugleich erledigen lassen, nämlich die Erörterung über die Fragen, was actio s. condictio incerti und a. s. c. incerti sei. Nicht nur des Zusammenhangs wegen, sondern auch weil später noch die Rede davon kommen muß, wird dies zwecklich sein.

Wir behaupten nun ganz einfach: daß actio s. condictio certi sei, die auf ein certum geht; condictio s. actio incerti aber auf Prästation eines incertum gerichtet sei. Hat man nach Obigem richtige Begriffe über certum und incertum, so wird es in gegebenen Fällen immer leicht zu

---

*) Cf. fr. 6. D. de reb. cred. (12. 1.)

**) fr. 39. D. de V. O. (45. 1.)

***) fr. 22. §. 1. D. de cand. ind. (12. 6.) fr. 65. §. 4. 6. 7. fr. 66. D. ib. — §. ult. J. de. V. O. (3. 26.)

†) fr. 9. D. de reb. cred. (12. 1.) — — — caeterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem, non potero agere (sc. condictione *certi*).

ermitteln sein, welche Klage Statt habe und was damit gefordert werden könne. Im Zusammenhange hiermit steht die Erörterung über condictio triticaria und actio ex stipulatu, und indem sich der Unterschied oder aber die Feierlichkeit dieser verschiedenen Klagen nachweisen läßt, so ist damit die genauere Kenntniß derselben selbst gegeben. Vielleicht ist es möglich, die Sache und den darüber obschwebenden Streit auf die einfachste Weise aufzulösen, und sonach mittels einer kurzen Deduction einen richtigen Blick in dies Chaos zu gewähren — was freilich mittels der künstlichsten Constructionen hierzu erst eigentlich umgeschaffen ist.

Wir wissen sattsam, daß stipulatio, literae, rei datio Formen waren, worin eine jede conventio zur Giltigkeit gebracht, oder in einen contractus umgewandelt werden konnte. Die Folge eines jeden contractus war eine actio civilis, diese Folge mußte natürlich auch bei jenen generellen Vertragsformen eintreten, und es mußten sich actiones civiles dafür erzeugen. Jene contractus, die häufig in derselben Gestalt und mit demselben Inhalt wiederkehrten, hatten sich im bürgerlichen Leben, ein jeder einen eignen, ihm ausschließlich angehörenden Namen erworben und die aus ihm entspringende actio theilte den letztern mit ihm; so z. B. emtio, depositum. Diese Verträge hießen darum auch benannte. Anders sein mußte es natürlich bei den vielzähligen und mannigfaltigen contractus, die hierzu nicht gehörten, die keine Namen hatten, mit dem Namen führenden nicht in eins fielen. So generell die bezeichneten Formen waren, in welche eine jede conventio eingekleidet werden konnte, ebenso generelle Klagen mußte man auch haben, die in einem jeden concreten Falle zur Anwendung gebracht werden konnten. Diese für die allgemeinen Contractsformen erfundenen und bestimmten actiones generales waren nun jene condictiones certi, incerti, triticaria und actio ex stipulatu. So oft ein

Contract zu Stande gebracht und damit ein Klagerecht entstanden war, ward dasselbe mit einer solchen Klage geltend gemacht. Das gegenseitige Verhältniß dieser verschiedenen Rechtsmittel war geordnet nach dem jedesmaligen Gegenstande, und zwar wohl ist das folgende die richtigere Ansicht.

Anfänglich kannte man überhaupt meist nur strictum jus, woraus von selbst folgt, daß auch jene Klagen ihrem Ursprunge nach nur actiones stricti juris waren. Es ist ferner anzunehmen, daß man dieser Klagen zuerst nur zwei Species hatte, eine certi und incerti, mit welcher erstern ein certum, mit der letzteren alles Andere gefordert wurde. Nicht nur aber der Prätor, sondern nach ihm auch die Rechtsgelehrten erweiterten den Kreis der Obligationsverhältnisse und der Obligationen immer mehr, und so war es natürlich, daß damit auch die generellen Klagen ihren Umfang ebenfalls vergrößern mußten. Um hierbei nur ein Beispiel anzuführen, so war es herrschende Ansicht geworden, daß eine jede conventio zum contractus erhoben werden konnte, sobald nur der eine Theil seine Leistung vornahm *). Da man mit dem Zwecke auch die Mittel wollen mußte, so ist klar, daß auch auf diese Art der contractus die generellen Klagen ausgedehnt wurden. Gleichso mußte man, nachdem die Ansicht geltend geworden, daß, wenn jemand ohne allen Grund irgend etwas besitze, oder eine Leistung erhalten habe, er dies demjenigen restituiren müsse, der es ohne Pflicht entbehre — auch da mußte man für diese Fälle ebenfalls die allgemeinen persönlichen Klagen eintreten lassen, so daß dieselben in dieser Rücksicht sich in condictiones sine causa, ob causam datorum, indebiti etc. zertheilen **).

---

*) Cf. oben §. 14.

**) Es soll damit nicht gesagt sein und ist auch gewiß nicht an dem, daß jene condictiones indebiti etc. eben so viele besondere Klagen seien, als sie epitheta führen. Vielmehr dürfte es für das

Nachdem die Klagfundamente solcherart erweitert worden waren, mochte mitunter ein Zweifel darüber obwalten, inwiefern die generellen Klagen in den concreten Fällen angewendet werden könnten, denn dieselben waren ihrem Ursprunge nach nicht nur beschränkbar, sondern auch stricti jnris gewesen, so daß bei der immer mehr um sich greifenden, durch die hinzutretende aequitas, die nun auch ihr Recht geltend zu machen wußte, bis ins Einzele verzweigten Erweiterung der obligationes, die das alte Verhältniß mehr festhaltenden Rechtsgelehrten wohl zuweilen die Existenz eines Klagerechts bestreiten mochten. Daher bestimmte der Prätor im Edict, daß die condictiones certi und incerti überall da, wo ein Obligationsverhältniß existire, auch eintreten sollten. Damit war man nunmehr bis dahin vorgerückt, für einen jeden persönlichen Anspruch, sei er aus Contract, oder aus sonst irgend einem obligatorischen Verhältnisse entstanden, eine actio zu haben, die als persönliche Klage condictio, nach den Worten des sie einführenden Edictes aber: triticum, vinum etc. *triticaria* hieß. Die unter dem Namen condictio triticaria bekannte Klage ist daher so allgemein, wie irgend eine condictio ex Lege, sie war ein Supplement für alle obligatorischen Klagen, woher sie auch, gleichwie die condictio ex Lege, den Schluß der allgemeinen persönlichen Klagen in Justinians System macht; von welchen generellen persönlichen Klagen derselben zu den speciellen der genannten Contracte übergeht.

Hiernach ist mithin die condictio triticaria nichts Ande-

Bestehen richtiger Begriffe zwecklich sein, wenn man in jenen Fällen ebensoviele Verhältnisse findet, in denen eine generelle Klage Anwendung leiden kann. Insofern giebt es keine eigne Klage, die condictio indebiti heißt, sondern nur ein Verhältniß aus einer indebita solutio, wo die condictio certi s. incerti angewendet werden kann, um die datio oder promissio indebite facta aufzurufen.

res, als die durch den Prätor erweiterte condictio certi ex incerti. Weil indeß bereits vor dieser Erweiterung jener condictiones unbestritten anerkannt war, daß die pecunia credita numerata auch außerhalb einer stipulatio schon in Gefolge der bloßen datio gefordert werden konnte *), so war die Erweiterung für diesen Fall, nämlich der datio pecuniae numeratae nicht nöthig, und somit blieb die alte condictio in dieser Rücksicht ungeändert. Ergiebt sich nun hieraus, daß condictio certi (die alte, unerweiterte) und condictio triticaria verschieden sind, so ergiebt sich doch zugleich auch ihr gegenseitiges Verhältniß. Mit jenen können nämlich alle certa gefordert werden, mit der condictio triticaria nur diejenigen, die nicht pecunia numerata sind — ein weiterer Unterschied aber besteht unter ihnen nicht. — So ist nun auch das Verhältniß der condictio triticaria zur s. g. actio ex stipulatu gefunden. Stipulatio war kein besonderer so genannter Contract, sondern nur eine generelle Contractsform. Daher hatte man auch keine besondere actio inde descendens, vielmehr trat jedesmal die generelle, nicht bloß auf jene durch stipulatio erzeugte contractus passende, sondern auch alle obligationes, die nicht eine ihnen eigenthümliche actio hatten, zu richtende Klage (condictio) ein. Nach der bezeichneten Erweiterung, wie solche sich in der condictio triticaria darstellt, ward alles aus einer stipulatio zu Fordernde, mit Ausnahme der pecunia numerata, durch eine condictio triticaria geltend gemacht. Für den Fall nun, wenn die condictio angewendet ward, auf Obligationsverhältnisse aus Stipulationen ward dieselbe actio ex stipulatu genannt. Diese letztere wäre also im Grunde nichts Anderes, als eine auf die stipulatio angewendete condictio triti-

*) Woraus hierortes an sich nichts folgt, als daß das **mutuum in pecunia numerata** sich bereits ziemlich frühe als **contractus** geltend machte, was leicht zu begreifen ist.

caria; und diese wieder, die Erweiterung der condictio certi s. incerti auf alle klagbaren, obligatorischen Verhältnisse, mit Ausnahme derer, wo pecunia numerata der Gegenstand der obligatio ward, denn hier blieb die frühere condictio certi bestehen.

Mit der hier vorgetragenen Ansicht der Verhältnisse scheint nun auch am meisten zu conveniren, was unsere Gesetze über die condictio certi und triticaria uns aufbewahrt haben.

Ulpianus Lib. 25. ad Ed.
fr. 9. D. de reb. cred. (12. 1.)

Certi condictio competit ex *omni causa*, ex omni obligatione, ex qua certum petitur. §. 3. Quoniam igitur ex omnibus contractibus, haec certi condictio competit.

Ulpianus Lib. 27. ad Ed.
fr. 1. D. de cond. trit. (13. 3)

Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petitur (i. e. condictione certi, wie dieselbe früherhin war) qui autem alias res, per triticariam condictionem. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratam.

Also Alles, was nicht pecunia numerata ist, kann mit der actio triticaria gefordert werden, woraus sich also die bereits oben stehende Behauptung als gerechtfertigt ergiebt, daß pecunia numerata schon vor der Erweiterung der condictio, seit welcher sie triticaria heißt, gefordert werden konnte, daß mithin diese Erweiterung, die in der condictio triticaria lag, nicht die pecunia numerata begriff *).

*) Es würde sich nach unserer Ansicht über das Verhäitniß der genannten Klagen folgender Schematismus ergeben:

Versuchen wir indeß weiter, die Harmonie der diesfälligen Bestimmungen unserer Gesetze mit der vorliegend behaupteten Ansicht über condictio certi triticaria, certum ꝛc. aufzuweisen.

Ulpianus Lib. 26. ad Ed.

fr. 9. D. de rebus cred. (12. 1.)

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto, licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio.

Hier sind unter contractus *certi* diejenigen gemeint, welche wir benamte heißen, z. B. emtio, depositum, locatio etc.; denn von ihnen ist es certum, was sie sind und enthalten. Contractus *incerti* heißt also das ganze Heer von contractus verbales, litterales und jenen reales, die mit den certis nicht coincidiren *).

Condictio

certi		**incerti**
certae pecuniae numeratae: condictio certi *κατ' ἐξοχήν.*	**aliarum rerum certarum: condictio triticaria.**	**triticaria** als von letzteren eigentlich ganz absorbirt.

oder:

mehr nach der Zeit der Entstehung und in besonderm Bezug auf stipulatio und datio:

Condictio

ex datione s. stipulatione

certae		**incertae rei: cond. triticaria.**
pecuniae numeratae.	**alius quaque rei — auch triticaria.**	

*) Contractus certus ist mithin sehr verschieden von stipulatio certa. fr. 74. D. de V. O. (45. 1.) Stipulatio certa geht auf

Ueberall und so oft ein certum versprochen wird, kann es demnach mit dieser allgemeinen condictio gefordert wer-

---

den Gegenstand des **contractus**, auf das **stipulatum**, das im obigen Sinne **certum** oder **incertum** sein kann. **Centum aureos dare**, ist eine **stipulatio certa**; aber ein **contractus incertus**, wenn er nicht mit einem **contractus nominatus** in eins fällt. Man darf sich hierbei nur erinnern, daß **stipulatio** kein eigner **contractus** ist, so wenig wie **litera** und **datio rei**; vielmehr nur eine allgemeine Form, worin die **conventio**, sei sie welchen Inhaltes sie wolle, erst zum **contractus** wird. **Stipulatio** ist kein Contract, aber sie macht den **contractus**.

Daß die Römer zwischen **contractus certi** und **incerti** unterschieden, kann keinem Zweifel unterliegen.

Florentinus Lib. 8. Inst.

fr. 18. pr. D. de acceptil. (46. 4.)

Et uno et pluribus contractibus, vel certis, vel incertis, vel quibusdam exceptis caeteris etc.

Ulpianus Lib. 27. ad Ed.

fr. 1. §. 6. D. de pecun. const. (13. 5.)

Debitum autem ex quacunque causa potest constitui, id est, ex quocunque contractu, sive certi, sive incerti etc.

Soll nun diese Unterscheidung etwas bedeuten, und nicht für unsinnig erachtet werden — in der That läßt sich kein anderer vernünftiger Grund für diese Unterscheidung auffinden — so dürfte es wohl nur die angedeutete Bewandtniß damit haben. Was möchte wohl ein **contractus** *incertus* sein sollen, wenn nicht ein solcher, wobei die **obligatio** ihrem Inhalte nach nicht sofort und **praesenter** zu erkennen ist? — wie dies überall Statt hat, wenn ich nur soviel weiß, daß ich **per modum stipulationis, litterarum, rei dationis** contrahirte. Umgekehrt aber weiß ich bei der Miethe, dem Kauf ꝛc. mit der Bezeichnung selbst den Inhalt.

Caeterum, fährt Ulpian fort, **si in diem sit, vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere** (d. h. nicht mit der **condictio certi**; denn anders war allerdings eine Klage unter Umständen zulässig, z. B. auf **satis datio**, allein eine solche Forderung war **incerti**). **§. 1. Competit haec actio etiam ex Legati causa, et ex Lege Aquilia, sed et ex causa furtiva, per hanc actionem condicitur. Sed etsi ex Senatus consulto agetur, competit haec actio, veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet.**

den, mag es aus einem Vermächtnisse, aus der Lex Aquilia, mag es wegen furtum sein, oder mag der Erbe klagen — wenn der Anspruch nur ein persönlicher, obligatorischer seie.

§. 3. Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive conjunctim. Referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat.

Hier ist kein Unterschied gemacht zwischen den verschiedenen contractus, sondern aus allen soll die Klage Statt finden. Treffend bezeichnet Ulpian dies, indem er zugleich unsere obige Ansicht: daß durch stipulatio der contractus erst werde, wie dies auch durch die res geschehe, anerkennt, wenn er sagt: es sei kein Unterschied, ob der contractus re vel verbis *factus* sit. Auch ist damit die subsidiäre Natur der Klage, oder eigentlicher: der Character der Allgemeinheit derselben bezeichnet, denn Ulpian giebt zu erkennen, daß er nachsehen wolle, ob dieselbe in ihrer generellen Gestalt hinreiche, ob also nicht etwa eine speciellere nöthig werde —

§. 4. Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum; nulla est stipulatio. An condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno, *qui ne factus est* i. e. numeratione, alio qui verbis, i. e. inutiliter, quoniam alio stipulari non potui? Et puto: posse.

Die stipulatio war zwar null, allein daneben bestand das Verhältniß, daß durch die Hingabe der Empfänger ohne Grund besaß und aus diesem Grunde restituiren mußte; es ergiebt sich aber noch weiter, daß die Bedingungen eines Realvertrags existirten, und auch schon darum die Rückgabe gefordert werden konnte. — Aehnliche Fälle enthält auch die Fortsetzung des citirten fr. 9.

Ulpianus Lib. sing. Pandectarum fr. 24. D. de reb. cred. (12. 1.)

Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

Diese Stelle ſagt nichts Anderes, als was oben behauptet ward, daß ein certum nur mit der allgemeinen condictio certi gefordert werden konnte, weil es eine beſondere Klage aus der stipulatio nicht gab. Sollte die Stelle etwas Anderes ausdrücken und damit etwa geſagt ſein, mit der Klage, welche man ſpäterhin actio ex stipulatu nannte — die denn nichts anderes war, als eine condictio triticaria angewendet auf den Fall einer stipulatio — könne ein certum nicht gefordert werden, ſo würde dieſe Aeußerung mit der deſſelben Ulpians in fr. 1. D. de cond. trit. im Widerſpruch ſtehen, denn hier ſagt er mit Gewißheit und völliger Beſtimmtheit, daß ein jedes certum außer der pecunia numerata mit dieſer erweiterten condictio geltend gemacht werden könne. Ulpian ſagt oben auch nicht etwa, mit der actio ex stipulatu — wie man vorzugsweiſe die cond. trit. in dem geeigneten Falle nannte — könne das certum nicht gefordert werden, ſondern eine beſondere ex stipulatu actionem habe der stipulator certi nicht; nicht eine beſondere actio ex stipulatione descendens. Er hätte aber ebenſowohl ſagen mögen: si quis incertum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet *).

Auch noch folgende Stelle dürfte hierher gehören und hier zu erörtern ſein:

*) Actio ex stipulatu und ex stipulatu actio können ſich unterſcheiden, und unterſcheiden ſich wie actio emti und ex emto actio. Jenes iſt ein beſtimmtes Rechtsmittel, mit einem fixirten Inhalt, dies ein jedes ex emto.

Ulpianus Lib. 27. ad Ed.

fr. 1. D. de cond. trit. (13. 3.)

Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratam, sive pondere, sive mensura constant, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoqe per hanc actionem petimus et si vectigalis sit: sive *jus* stipulatus quis sit, veluti *usum fructum*, vel *servitutem*, utrorumque praediorum.

Oben ward nachgewieſen, daß Rechte und Gerechtigkeiten ꝛc. incerta ſeien; da nun die condictio triticaria auf jura, ususfructus, servitutes paßt und gerichtet werden kann, ſo iſt damit ausgeſprochen, daß dieſelbe gleichmäßig auf alle incerta ausgedehnt werden mag.

Nach dieſer Annahme erklärt ſich nun auch §. 1. fr. 1. cit. leicht und von ſelbſt.

Jene condictio triticaria iſt nach dieſen, ihr allmählich gewordenen Erweiterungen wohl eigentlich gar nichts Anderes, als was die ſpäteren Juriſten actio praescriptis verbis nennen, und mitunter actio in factum geheißen haben *).

---

*) Dies weiter auszuführen, kann hier der Ort nicht ſein. Wir wollen nur andeuten, daß ſowohl in Tit. **Pand. 13. 3.** als **19. 5.** unter ganz gleichen Vorausſetzungen von jenen generellen Klagen gehandelt wird. Nur iſt im erſtern Titel **de cond. trit.** mehr hervorgehoben, daß die Klage aus Contracten herkomme und vom Prätor ausgebildet ſei: im andern Titel: **de praescr. verb.** dagegen iſt ſchon auf den noch mehr mit Hilfe der Juriſten erweiterten Umfang, wobei auch außercontractliche Verhältniſſe die Klage hervorrufen, Rückſicht genommen — ſie als ein noch allgemeineres Supplement der perſönlichen Klagen, der Lehre über dieſelben zugefügt worden.

Uebrigens möchte die Einfachheit und Prunkloſigkeit der hier geltend gemachten Anſichten, die ſich auch ebenſo leicht den Erklärungen der Römer anpaſſen und mit ihnen in Uebereinſtimmung bringen laſſen, dem Verfaſſer Bürge für deren Richtigkeit ſein.

Kehren wir nach diesem nothwendigen und kleinen Excurs zu Gans zurück, so dürfen wir nach der hier versuchten Nachweise es unterlassen, nun noch besonders nachzuweisen, daß ein incertum ebenfalls Gegenstand einer jener obligationes, die aus dem Gesetz kommen, sein könne, denn aus dem Begriff des incertum und dem der obligatio, auch der ex lege descendens folgt, daß auch jenes der letztere Gegenstand sein könne.

Wir begegnen aber der weitern Behauptung von Gans S. 11., daß ein jedes im Gesetz aufgelegte facere immer mit einer poena geboten seie, diese poena aber nothwendig eine pecunia certa enthalten müsse, so daß also auch in diesem Falle die Folge der Lex sich zum certum gestalte. Hingegen wird es indeß nur der simpeln Bemerkung bedürfen, daß das vom Gesetz gebotene facere einmal keineswegs immer mit einer poena für den Fall des non facere, d. h. einer poena im eigentlichen Sinne bedroht seie, und sodann, daß noch weniger eine solche poena immer nur eine pecunia numerata in sich begreifen müsse. Man denke nur an das Gebot der 12 Tafelgesetze, daß man der in jus vocatio einer Partei Folge leisten, oder jenes andere: daß der aufgerufene Zeuge sein Zeugniß ertheilen solle. Dies waren in der That Auflagen eines facere, allein nirgends findet sich auch nur die Spur einer Strafe, die in pecunia certa bestanden

---

Freilich! wer in den Römern andere Menschen als wir sind, und in ihrem Rechtssystem überall nur ein verschrobenes, höchst künstliches, bis zum Unsinn sublimirtes zu erblicken vermag, der wird sich mit einer Ansicht, wie die vorliegende, schon darum nicht befreunden können — weil ihm darin nicht genug Räthselhaftes und Unerklärliches verbleibt. Indessen entbehrt man bei dieser Simplicität doch die Noth, die Aeußerungen der römischen Juristen, die sonst so gesunde Begriffe haben sollen, der Grundlosigkeit, d. i. aber Unvernünftigkeit zeihen zu müssen, wie dies zu thun auch neuerlich Hefftter nicht umhin konnte. **Cf. Gaji inst. Comm. quart. Berolini 1827. S. 68. Note 12.**

hätte. Aber selbst eine wirklich gedrohte Strafe konnte gar mancherlei sein, außer pecunia certe. So war z. B. die durch die Lex Hateria gedrohte Strafe von 30 Rindern und 2 Schafen ein genus, und somit ein incertum — welche Fälle von Beispielen sich leicht noch vermehren ließen. —

Für vollends unwahr müssen wir es aber declariren, wenn Gans, wie oben angedeutet, behauptet, daß Testament und Stipulation die Bedeutung des Gesetzes, d. i. der Lex, gehabt hätten. In Bezug auf das Testament soll dies erwiesen werden durch fr. 1. D. de hered. pet. (5. 3.): Hereditas ad nos pertinet aut vetere jure, aut novo; vetere e lege duodecim tabularum, vel ex testamento quod jure factum est. Es ist aber augenfällig, daß hier weiter gar nichts gesagt ist, als daß Erbschaften jemanden ipso jure (d. h. ab intestato) und per testamentum anfallen können. Damit ist aber für die Gleichheit der Gesetze und eines Testamentes nicht mehr und nicht weniger behauptet, als für die Gleichheit eines pactum mit der Lex, sobald ich nämlich nur bemerklich mache, daß nach jenem z. B. durch Schenkung, und gleichmäßig nach dieser, z. B. vermittelst occupatio einer res nullius, Eigenthum erworben werden könne. Für die Gleichheit der stipulatio und der Lex ist direct keine Stelle angeführt.

Schon nach den bisherigen Erörterungen scheint es darum auch ganz unbegründet, wenn Gans S. 13. sagt, die stipulatio sei nur auf das dare eines certum zu richten, oder ein solches deren nothwendige Folge gewesen. Wir wissen sehr wohl, daß dieselbe auf ein facere, auf Rechte und Gerechtigkeiten z. B. Ususfruct, Servituten ꝛc. gerichtet werden konnte — und daß diese alle nur incerta waren; ja daß man vorzugsweise die Klage auf ein incertum, das in einer stipulatio bedungen war, actio ex stipulatu nannte.

Nach S. 18. 19. will Gans mit den dort citirten Stel-

len nun beweisen die Richtigkeit seiner Deductionen, welche zum Theil hier angefochten sind, und deren Resultat er dahin faßt: „das innerste Wesen der obligatio stricti juris ist „Einseitigkeit. Dieselbe entsteht nur aus einseitigen That„sachen, aus dem Gesetze; aus dem formellen, jenem Ge„setze gleichstehenden Geschäfte *), und dem Factum des „Habens ohne Grund. Daher gehen die diesfälligen Kla„gen auf ein certum etc." Dies resumé ist das Resultat der einzelen Erörterungen, die vorhergehen, und um diese zu begründen führt Gans jene Belegstellen an. Es sei daher erlaubt, nachzusehen, wie diese letztern sich zu den verschiedenen Behauptungen selbst verhalten.

Im cap. 4. Cicero pro Rosc. Commod. führt dieser einen Unterschied zwischen dem gerichtlichen Verfahren an, das vor einem judex, und jenem, das vor einem arbiter Statt hatte. Selbst nun aber abgesehen von der speciellen Absicht Cicero's, die keineswegs dahin gehen konnte, uns den specifischen Unterschied zwischen actio stricti juris und bonae fidei nachzuweisen, sondern nach dem individuellen Zwecke Cicero's zu begreifen ist, so sagt derselbe gar nicht einmal, daß bei stipulationes etc. immer nur certa pecunia gefordert werden könne. Seine Erklärungen sind ungefähre Alliterationen von dem, was Gans damit gesagt, deutlich ausgesprochen wissen will, und keineswegs unzweideutige Beweise. Solcher halbbeweisenden, oder eine dunkele Ahnung zulassenden Alliterationen lassen sich in jeder Stelle der Alten für fast jede Meinung, die zu haben man für gut findet, aufspüren. Gegen die hinlänglich klaren Aussprüche

---

*) Wir erfahren hier von Gans noch nebenbei, daß **stipulatio, literarum contractus** keineswegs zweiseitige Geschäfte — wofür wir bisher alle Verträge hielten, weil nur gegenseitiger Wille dieselben erzeugt — seien, sondern einseitige; wofür wir bisher **nur negotiorum gestio etc.** glaubten halten zu müssen.

unserer Gesetzsammlung vermögen solche Versuche nicht auszulangen. Die übrigen Stellen von Gans geben aber im Allgemeinen einige Unterschiede zwischen actiones stricti juris und bonae fidei an, oder auch nur Beschreibungen irgend einer Art; aber wiederum auch nichts ist darin enthalten, was nicht anderwärts her uns bestimmter und somit besser bekannt wäre. Und warum sollten gelegentliche Aeußerungen, die mit den ex professo vorgetragenen nicht durchaus zu harmoniren scheinen, diesen vorgehen. Da wo wir einer Deduction ex professo entbehren, ist es ein nicht zu verwerfender Nothbehelf, gelegentliche Aeußerungen zum Grunde unserer Behauptungen zu machen, bei vorliegender Angelegenheit wohl aber nicht *).

S. 22. und fg. will uns Gans darthun, daß alle Klagen, die auf das dare eines certum gehen, im Justinianischen Rechte condictiones geheißen hätten; daß jede condictio stricti juris sei, und eine actio bonae fidei niemals eine condictio sein könne; ja daß es bei den Römern überhaupt nur eine condictio gegeben habe. Es wird nöthig werden uns nach den Beweisen für diese frappanten Behauptungen umzusehen.

Der als Belegstück an die Spitze gestellte §. 15. J. de actt. (4. 6.) beweißt aber nichts für Gans, selbst nicht einmal in der fragmentarischen Gestalt, worin Gans ihn auf-

---

*) Es führt leicht zu Irrthümern, wenn man mit Gans *negotia* **bonae fidei** und **stricti juris** unterscheidet; denn nicht eigentlich diese **negotia**, sondern die *actiones* haben durch die Art, wie der Prätor seine Formel an den Judex ertheilte, die Eigenschaft, entweder **bonae fidei** oder **stricti juris** zu sein. Auch finden wir bei den classischen Juristen diese Bezeichnung nicht, und erst später mag jene Eintheilung der **actiones** auch **abusive** auf die **obligationes** übertragen sein, z. B. von Maximie in **C. 13, C. de pactis.** Wenn man **obligationes stricti juris** hat, so muß man consequenterweise auch **obligationes arbitrariae** haben!

treten läßt. Er läßt nämlich davon weg, was etwa gegen ihn sprechen möge. Wir sind daher genöthigt, auch dasjenige hierher einzurücken, was Gans weggelassen; woraus sich aber alsbald ein für Gans keineswegs sprechender Sinn ergeben wird. Die Stelle lautet so:

Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes, in personam vero actiones, quibus *dare*, aut *facere* oportere intendimus, condictiones. Condicere enim est, denunciare lingua prisca, nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere.

Da ist nun deutlich genug gesagt, daß condictio nicht bloß auf ein *dare*, sondern gleichmäßig auf ein *facere* gerichtet werden könne, also auf Alles gehe, was möglicherweise der Gegenstand einer obligatio sein mag. Darum sagt auch Gajus:

Gaji Comment. IV, 5.

Appellantur autem in rem quidem actiones, vindicationes, in personam vero actiones, quibus *dari fierive* intendimus *condictiones*.

Mag nun freilich, wie Gajus bestätigt, das condicere früher eine einigermaßen andere Bedeutung, die des denunciare, gehabt haben, so thut dies gar nichts; denn condictio bedeutet jetzt eine jede Klage, die nicht vindicatio ist, also eine jede, die aus einem Obligationsverhältnisse entspringt, mag der Inhalt der obligatio sein, welcher er wolle. Wir aber haben bei unsern Darstellungen und Erklärungen die Bedeutung der condictio zu nehmen in dem Sinne, welchen dieselbe in dem uns vorliegenden justinianischen Rechte hat. Dieser Sinn indeß ist durchweg der einer allgemeinen persönlichen Klage, und nun glauben, in der einen oder andern Stelle sei der Sinn dennoch ein anderer, heißt, die Compilatoren des Gesetzes ei-

ner unsinnigen Zusammenstellung beschuldigen, wozu uns nichts berechtigt. Ohnedies ist ja nun gewiß, daß bereits zu Gajus Zeiten, also volle vier Jahrhunderte vor Justinians Compilation, jene Bezeichnung allgemein recipirt war; es ist und bleibt mithin undenkbar, daß in dieser Zeit und nach diesem Zeitraume noch irgend ein Zweifel, oder auch nur eine Varietät beim Gebrauch des Wortes condictio obgewaltet *).

Auch muß man es wieder unrichtig nennen, daß condictio vorzugsweise von den Klagen, die aus einem Haben ohne Grund herrühren, gebraucht werde — was Gans ebenfalls behauptet. Es sind offenbar damit jene Klagen gemeint, die Justinian im Titel 12 den Digisten vorträgt: die ob turpem causam, ob causam datorum, indebiti, sine causa etc. Diese Klagen heißen aus keinem andern Grunde condictiones, als weil sie aus obligatorischen, nicht aus Eigenthums-Verhältnissen entspringen. Hätte man nun den noch generelleren Ausdruck *actio* ob turpem causam, indebiti etc. gebrauchen wollen, so hätte dies der Nebenidee Raum lassen können, als ob hier so gut von vindicationes als condictiones geredet werde. Dieser verkehrte Nebenbegriff ward aber völlig entfernt, indem man mit der Bezeichnung condictio zugleich das persönliche und obligatorische Verhältniß andeutete. Bei Obligationsverhältnissen, die aus Contracten herrührten, war eine solche Verwechselung nicht möglich, denn da verstand es sich wohl von selbst, daß die Klagen persönliche waren. Wo aber dagegen Sachen, die hingegeben worden und keineswegs immer Geld waren, zurückgefordert wurden, oder wo der Besitz der Sache schon die actio für den, der dieselbe nicht hatte, gebar, da war eine Annäherung an die Idee einer vindicatio leichter. Es war

*) fr. 9. D. de R. C. (12. 1.) Const. 15. C. de donat. ante nupt. (5. 3.) Const. 2. 3. C. h t. (4. 9.)

mithin zwecklich mit der Bezeichnung condictio sofort den Begriff des persönlichen Verhältnisses zu verbinden. Weil dies aber auch damit verbunden ward, so finden die römischen Juristen für nöthig, sich darüber zu erklären, warum bei der condictio furtiva die eigene Sache mit einer condictio, als einer persönlichen Klage, angesprochen werde, da sonst hierauf nur vindicationes gerichtet werden. — Diese Ansicht harmonirt auch mit der Anordnung in Justinians System. Denn nachdem hier zuerst von den Eigenthumsklagen, dann den actionibus in rem scriptis, noxalibus, mixtis ratione objecti, und dem, was hiermit zusammenhängt, gehandelt ist, wird im 12 Titel der Pandecten in ziemlich natürlicher Ordnung zu den Personalklagen übergegangen. Hier wird dann zunächst von den allgemeinen Personalklagen, den condictionibus, gehandelt und demnach zu den speciellen, nur auf gewisse Verträge passenden, fortgeschritten, z. B. dem Commodat ꝛc.

Der wahre Sinn und die echte Bedeutung der condictio wäre mithin keineswegs der, daß dieselbe lediglich auf das dare eines certum gehe. Daß es aber nur eine condictio gebe, wie Gans lehrt, kann man je nach dem, was damit gesagt sein soll, gewissermaßen für falsch, oder aber auch für richtig ausgeben. Soll damit nur der generelle Name für ein Rechtsmittel gegeben sein, dessen Unterabtheilungen wieder verschiedene andere condictiones sind, so läßt sich allerdings sagen, daß es nur eine condictio giebt. Allein alsdann kann man mit gleichem Recht auch sagen, es gebe nur eine obligatio, die denn bald aus diesem, bald aus jenem Grunde erzeugt wird, und darum sich in eine obligatio ex mutuo, deposito, emto etc. zertheilt, gleichwie sich die condictio selbst in condictio ex mutuo, stipulatu, indebiti etc. zerlegt. Soll aber damit gesagt sein, nur eine und dieselbe Klage in Rücksicht ihres Grundes, die bloß verschie-

den ist nach ihrem Gegenstande, erscheint unter dem Namen condictio, etwa wie man mit einer actio emti bald ein Pferd, bald ein Haus, bald etwas Anderes fordern kann, so ist eine solche Annahme gewiß ebensosehr falsch, als jene sein würde, daß es nur eine obligatio civilis gebe. Wenn Gans, um diesem oder einem ähnlichen Vorwurfe zu begegnen, sagt: seine condictio sei verschieden im Grunde, aber eins in den Wirkungen, so ist dies eigentlich nur ein quid pro quo, denn eine solche Einerleiheit in den Wirkungen setzt nichts Anderes voraus als eine beständige Einerleiheit derselben Klage, oder daß dies immer nur eine und dieselbe sei. Genau dieselben Wirkungen kann stäts nur die nämliche Klage haben, die nämliche Klage aber kann niemals in dem Sinne von Gans aus dem nämlichen Grunde kommen. Daher muß die Behauptung von Gans: daß die condictiones in ihrem Grunde verschieden seien, in ihren Wirkungen aber in eins laufen, fast rein umgekehrt werden. Denn soll mit jenem Satze überhaupt etwas gesagt sein, so kann er nur soviel heißen: daß mit der condictio nur immer ein durchaus und sich überall gleicher Anspruch verfolgt werden könne. Allein davon dürfte wohl gerade das Gegentheil wahr sein. Die verschiedenen condictiones sind daher nicht im Grunde unterschieden und in der Wirkung eins, sondern sie haben insofern immer denselben, einen sich gleichen Grund, daß sie stäts aus einem contractus, aus einer obligatio civilis entspringen, so daß der gemeinschaftliche Grund aller eine obligatio civilis ist. Die jedesmaligen Wirkungen der condictiones sind aber so mannigfaltig wie die Gegenstände der obligatio selbst, d. h. bald ein *dare*, bald ein *facere*, bald ein certum, bald ein incertum. Setzte nun Gans die von ihm behauptete Einerleiheit darin, daß nur ein dare und nichts anderes als ein certum mit der condictio gefordert werden könne, so ist mit unserer Nachweise, daß auch ein

incertum, ein facere Gegenstand der condictio sein könne, die Unhaltbarkeit seiner Annahme dargethan.

Mit den Beweisen, die Gans für seine eine condictio beibringt, möchte es wieder nicht so ganz richtig sein. Denn wenn auch nach S. 23. die Römer nur in der Einzahl reden und sagen: competit condictio, so hat dies wohl nicht mehr und nicht weniger zu bedeuten, als daß sie mitunter auch sagen: competit actio. Das aber wird durch sich selbst schon als nichts sagend gerechtfertigt, weil man dabei jedesmal mit Recht die Voraussetzung hat, daß gewußt werde, von welcher actio oder condictio gerade die Rede sei. Es war genug, daß man wußte, ob in irgend einem obligatorischen Verhältnisse es eine Klage gab, welche dies dann sein werde, konnte nun leicht zu bemessen sein. Bemerkenswerth bleibt es, wie hierbei Gans das Corpus juris citirt, wenn er z. B. mit fr. 29. D. de contrah. emt. (18. 1.) beweisen will, daß die condictio nur die eine sei, und zu diesem Ende behauptet: hier werde unabhängig von ihrer Allgemeinheit gesagt, der Grund derselben sei diesmal ex furto hergenommen: videlicet ex causa furtiva. Einmal ist die Interpolation: videlicet *ex causa* furtiva anstatt: videlicet *quasi* furtiva, die Gans ohne Weiteres unternimmt, hier sehr am unrechten Orte. Man darf nur nicht übersehen, daß nicht der Verklagte selbst, sondern dessen servus nach obiger Stelle die res furtiva hatte, cum quo servo nulla actio est. Die Klage, welche auf Habhaftwerdung der Sache gieng, konnte als condictio, d. i. persönliche Klage, eigentlich nur gegen den Dieb selbst gerichtet werden *); der war aber nicht zu belangen, und so schien die Klage nicht vollaus passend. Indessen hatte der dominus servi mit diesem letztern selbst doch eine geraubte, fremde, ihm nicht zugehö-

*) fr. 5. D. de cond. furt. (13. 1.)

rige Sache; diese Sache war mithin quasi res furtiva. Daher wird eine actio gegen den dominus *utiliter* — soviel heißt ja das quasi — eine Klage gestattet, die condictio furtiva utilis. Nicht also auf das Wort *condictio* ist jenes quasi (woraus Gans ex causa gemacht hat) zu beziehen, sondern offenbar auf das vorliegende Sachverhältniß, das quasi wie bei einer res furtiva gestaltet war, welche der fur selbst besaß.

Wichtiger ist das zweite Argument von Gans, allein dasselbe ist wichtig — nur gegen Gans. Derselbe hält es für einen Beweis zu Gunsten der einen condictio, daß Justinian, indem er von den verschiedenen actiones redet und der Eintheilung in actiones bonae fidei und stricti juris Erwähnung thut, jene alle speciell aufzählet und die letztere nicht. Denn daraus, meint er, folge ja, daß es der Aufzählung der actiones stricti juris nicht bedurft, weil es deren nur — die eine gegeben. Allein abgesehen selbst davon, daß diese Annahme mit hundert andern Argumenten zu nichts zu machen ist, so mußte es vollkommen genügen, die actiones bonae fidei zu nennen, indem sich hiermit von selbst verstand, daß alle nicht als solche genannten Klagen stricti juris seien. Indeß unterläßt es Gans, hier die Stelle zu allegiren, worin Justinian sich so äußert. Diese Stelle, es ist vielleicht merkwürdig, daß Gans diesmal das Citat nicht näher bezeichnete, enthält in sich selbst den Beweis des Verkehrten der Gansischen Annahme. Es ist §. 28. J. de actionibus (4. 6.), den Justinian so beginnt: actiones autem quaedam bonae fidei sunt, *quaedam* stricti juris. Damit sagt er aber doch wohl so deutlich, daß keine Conjectur irgend einen Zweifel dabei zu erregen vermag, nicht etwa, daß eine actio, sondern daß *quaedam actiones* stricti juris seien *).

*) Gehören solcherart Argumentationen und Allegate nicht mit denen in eine Klasse, die der Teufel etwa anwenden mag, um aus der Bibel die Sündhaftigkeit des Menschengeschlechts zu beweisen?

Aus fr. 5. §. 4. D. de in litem jur. (12. 3.) folgert Gans in ähnlichem Sinne unbedenklich, daß damit nur die behauptete Unitas der actio stricti juris gegeben sei. Es heißt dort: Plane interdum et in *actione* stricti judicii in litem jurandum est. Wir enthalten uns diesmal aller Widerlegungsversuche und bemerken bloß, daß nach solchen Interpretationsregeln auch aus dem principio jener Stelle sich ergiebt, daß man mehrere actiones ad exhibendum habe, deren man anders bisher nur eine kennt. Denn es heißt daselbst: In *actionibus* in rem, et *in ad exhibendum*, et in bonae fidei *judiciis*, in litem juratur. — Wem würde hierbei aber nicht die oben bezeichnete Citirmethode unseres Erzfeindes einfallen?

Nach den Erörterungen von Gans, womit er Beweise für seine Annahme construirt, soll in dem S. 24 allegirten fr. 5. §. 3. D. de O. et A. (44. 7.) die condictio indebiti und die actio ex mutuo für eine und dieselbe Klage erklärt sein. Dies ist sehr unrichtig. Es kann zunächst kaum etwas deutlicher sein, als das Gajus in jenem fr. 5. die verschiedenen Obligationsgründe zu entwickeln unternimmt und nach der bekannten, sehr unglücklichen Methode der Römer vorerst (§. 1. 2.) jene Gründe gleichsam mit den Haaren herbeizieht, wonach die Obliegenheit des *tutor* und *heres* auf die verkehrteste, ja unsinnigste Weise, als quasi ex contractu herrührend, sollen anzusehen sein *). So sollen denn

---

*) Es giebt wohl nichts Unseligeres als diese Etymologisirmethode und Manier zu vergleichen der Römer, und man kann nicht genug darauf aufmerksam machen. Man darf nur die eine in fr. 142. §. 3. D. de V. S. (50. 16.) gelesen zu haben, um auf den Gehalt der übrigen mit Sicherheit schließen zu können. Da wird der Begriff einer vidua so angegeben und hergeleitet: **vidua sic dicta est, quasi *vecors*, *vesanus*, qui *sine corde* aut *sanitate* esset; similiter viduam dictam esse, *sine diutate*.** Kann man wohl größeren Unsinn hören?

nun auch die Pflichten zur Rückerstattung dessen, welcher Leistungen indebite erhielt, quasi ex contractu herzuleiten sein; der Empfänger soll nämlich quasi ex mutui datione verpflichtet sein. Allein wie verfehlt auch dieser Vergleich immer sein mag, dessen Auctor Gajus ist, — was hat z. B. auch das Verhältniß des tutor, dessen Pflegling fast noch ein Embryo und ein infans sein kann, mit dem doch nicht zu contrahiren war, mit einem contractus gemein — so sagt Gajus doch aber wahrlich noch nicht, daß mit einer und derselben Klage, die der mutuo dans habe, auch das indebitum zurückgefordert werden könne. Vielmehr läßt Gajus, insofern vorsichtiger als Gans, es doch bei einer bloßen *quasi* mutui datio bewenden. Indem Gajus aber fortfährt: et *eadem actione* tenetur, qua debitores creditoribus, worauf Gans so viel Gewicht zu legen scheint, will er offenbar nur bezeichnen, daß hier ein obligatorisches Verhältniß existire, wie inter creditorem et debitorem *). Gajus beschreibt hier cum grano salis, d. h. richtig seine Aeußerung verstanden, mit kurzen Worten, was oben angemerkt ward, daß nämlich die condictio indebiti ebenwohl auf einem obligatorischen Verhältnisse beruhe und sich also als eine persönliche Klage, als condictio, für diesen Obligationsnexus geltend mache, wie die rei vindicatio für den Eigenthumsnexus. Eine condictio tritt überall da ein, wo jemand ist, dem ex quadam causa debeatur. Dies Verhältniß findet sich bei der repetitio indebiti wieder, es muß also hier eine Klage, eine eadem actio eintreten, wie bei creditor et debitor. So scheint der eigentliche Sinn jener Stelle zu lauten. — Wer

*) Nach Gans Supposition mußte **debitor** vorzugsweise den Schuldner **ex mutuo** bezeichnen, was doch sehr irrig ist, indem der Verhältnisse **inter debitorem et creditorem** noch gar mancherlei existiren außer dem **mutuum. Cf. fr. 10. 11. 12. D. de V. S. (50. 16.)**

indeß mit allem Ernste an die Richtigkeit und den Werth solcher Argumentationen glauben will, wie sie Gajus oben in Rücksicht der cond. indebiti und eines Contractes anstellt, der muß nicht nur mit Gans behaupten, daß bei den Römern condictio indebiti und ex mutuo quasi eins gewesen seien, sondern auch nach §. 1. 2. jener Stelle annehmen, daß der tutor und heres ex contractu verbindlich seien ꝛc.

Ueber die Bedeutung des ferner von Gans allegirten fr. 24. D. de reb. cred. (12. 1.) ist schon oben das Erforderliche angemerkt. Allein davon abgesehen, so enthält diese Stelle doch noch keineswegs, was Gans hinein legt, nämlich die völlige Gleichstellung der actio, die ex stipulatu kömmt, und der ex mutuo. Es heißt ja ausdrücklich: si quis *certum* stipulatus fuerit. Nun kann aber in eben so vielen Fällen ein *incertum* der Gegenstand der stipulatio sein, so daß also schon für alle diese Fälle die Aeußerung nicht paßt. Selbst indeß beim mutuum ist es nicht immer dieselbe Klage, womit dasselbe zurückgefordert wird; nicht immer *illa* condictitia actio, per quam certam petitur, vielmehr tritt diese nur dann ein, wenn der Gegenstand ein certum ist. Dieser Gegenstand eines mutui kann aber eben so gut ein incertum sein, z. B. wenn ein Malter Weizen (ohne weitere Bezeichnung), eine Ohm Rheinwein schlechtweg geliehen wären, die ja nicht certa sind *); und dann ist es auch durchaus nicht *illa* condictitia actio, per quam certum petitur, die dem Verleiher zusteht, sondern gerade umgekehrt jene andere, unter dem Namen condictio incerti erwähnte, später mit der condictio triticaria eins gewordene Klage, die aber ohne Zweifel möglicherweise auch eine ex stipulatu actio sein kann **).

---

*) Cf. Fr. 75. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)

**) Wer wollte z. B. sagen, nach fr. 2. D. de cond. sine causa (12. 7.) sei actio ex conducto und condictio sine causa eine und dieselbe Klage, Cf. fr. 34. p. §. 2. D. de O. et A. (44. 7.)

Auch aus dem von Gans cit. fr. 126. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) scheint durchaus nicht das Geringste für ihn zu folgen. Wir wissen ja sattsam, daß die pecuniae numeratio ein modus obligandi (i. e. civiliter) sei, und gleichso die stipulatio. Wenn nun, um das eine Ziel, d. h. die wirkliche obligatio civilis, zu erreichen, beide Obligationsformen angewendet werden, und somit numeratio und stipulatio zusammentreffen, so geht doch auch hier, wie ja niemals, die Handlung der Contrahenten keineswegs über deren Absicht hinaus. Das Gegentheil würde unvernünftig sein. Wo also ein Darlehen der Gegenstand des beiderseitigen Willens gewesen und dessen Rückzahlung nicht nur durch die numeratio selbst, sondern überdies durch eine stipulatio zum Gegenstand der obligatio erhoben worden, da möchte es scheinen, als ob der Empfänger zweimal zur Zurückgabe verpflichtet sei; einmal ex numeratione und dann wieder ex stipulatione *). Das aber, eine doppelte Verhaftung, soll,

*) Nach der Darstellung von Gans, daß es lediglich auf das Zeichen, nie auf die Absicht ankommen soll (Cf. S. 11. 12. seines Buches), würde es nicht dem geringsten Zweifel unterliegen können, daß der Schuldner doppelt verhaftet ist. Und wenn das wahr ist, was er dort sagt: „eben so wenig kann bei einer vom „Gesetze bestätigten Form davon die Rede sein, was sie zuwege „gebracht, sondern nur, ob sie wirklich bestehe — daß bei diesen „formellen Geschäften nur auf das Zeichen, gar nicht aber auf „das, weswegen es besteht, Rücksicht genommen werden darf," — so weiß man den doppelt Obligirten in vorliegendem Falle von zweimaliger Zahlung nicht zu retten. Es bestehen zwei Zeichen auf etwas Anderes, auf das Weswegen kommt es gar nicht an, also muß der Empfänger zweimal verurtheilt werden. — Gott sei Dank, daß wir so nicht am Zeichen und Buchstaben kleben! Die Lage des Richters, der jenen Schuldner zweimal verurtheilen müßte zur Zahlung des einen Darlehens — einmal, weil er es erhalten, und einmal, weil er dessen Betrag zu zahlen versprochen — wäre wohl nicht unähnlich der jenes französischen Gerichtshofes, vor dem und seiner Jury kürzlich ein dessen bezüchtigtes Mädchen gestand, seines Dienstherrn Hosen ge-

sagt der verständige Paulus, nicht sein — und wer sagt nicht, daß er Recht gehabt! Man sehe aber nur die Fortsetzung der Deduction unseres Paulus: **Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione** — und man wird über die wahre Meinung desselben nicht mehr im Zweifel sein.

Noch klarer setzt solchen Fall Ulpian aus einander. Wenn nämlich das beabsichtigte Darlehen bezahlt war, und nun die stipulatio hinzutrat — wie oben auch bei Paulus — so sei dies, sagt er, **unus contractus**, so wie auch umgekehrt, wenn die stipulatio vorhergegangen und in Beziehung hierauf die numeratio nachgefolgt sei.

Ulpianus Lib. 46. ad Sabinum
fr. 6. §. 1. D. de novatt. (46. 2.)

Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit *).

So einfach und wahr demnach dasjenige ist, was Paulus l. c. sagt, und so gerne man zugiebt, was er behauptet, so wenig kann doch in irgend einer Weise hieraus für Gans folgen.

Um nun indeß endlich auch das scheinbar schwächste seiner Argumente nicht unberührt zu lassen, was er darin hat:

---

stohlen zu haben; das aber dennoch von jener Jury freigesprochen ward, weil dieselbe hochweise meinte die Strafe des Hausdiebstahles würde für das junge Blut zu hart sein; so daß nun die Richter in die Lage versetzt wurden, dem Mädchen das für Damen so unbequeme Kleidungsstück als Eigenthum zusprechen zu müssen und wirklich zusprachen, ungeachtet dasselbe Mädchen so eben laut erklärt hatte, solches gehöre ihrem durch sie bestohlenen Brodherrn.

*) Denn es ist nicht anzunehmen, daß in der **stipulatio** eine **novatio** liege; vielmehr ist die **numeratio** lediglich eine Erfüllung dessen, was versprochen war, sagt **Pomponius fr. 7. D. ib. (46. 2.)**

„die Ueberschrift des einen Titels vom 12. Buch der Pan„decten, de rebus creditis, si certum petetur, et de con„dictione liefern den sprechendsten Beweis für die Einheit „der condictiones", so bemerken wir, daß dies „et de condictione" doch wohl nur von derjenigen zu verstehen sein könne, die bei dem certum peti eintrete; daß also diese Ueberschrift bedeute: de condictione si certum petetur. Man vergleiche nur fr. 24. dieses Titels: illa condictitia actio, per quam certum petitur — es gab also doch noch andere, die nicht *illa* waren; — oder fr. 1. D. de cond. trit. illa actio, si certum petetur, die hier der condictio triticaria bestimmt entgegengesetzt ist.

Jene eine der obigen Behauptungen, daß keine actio bonae fidei eine condictio sein könne, und deren Umkehrung, daß eine jede condictio eo ipso stricti juris sei, möchte nun freilich nach den bisherigen Erörterungen in sich selbst zusammen fallen müssen. Wir dürfen und wollen aber dennoch nicht unterlassen, dieselbe mit den Bestimmungen unserer Gesetze noch speciell zu vergleichen.

Paulus Lib. 31. ad Ed.

fr. 13. §. 1. D. depositi (16. 3.).

Competit etiam *condictio* depositae rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit; non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condictione obligari, verum quod dolum malum admiserit.

Wir wissen, daß der Depositor dolum zu prästiren hatte, und daß diese praestatio doli mit der actio depositi geltend gemacht werden konnte *).

Nach obigem Citat konnte aber der Anspruch des Deponenten im Falle des Dolus des Depositor auch mit einer

---

*) Cf. fr. 1. §. 7. 16. 20. 21. 22. 47. fr. 32. Dht. (16. 3.) §. 3. J. quibus modis re contr. obl. (3. 15.)

condictio geltend gemacht werden. Es ist nicht gesagt, daß in dem einen oder andern Falle verschiedene Prästationen zu machen wären; vielmehr versteht es sich von selbst, daß diese Prästation dieselbe blieb, mochte die condictio oder mochte die actio depositi angestellt werden. Beide concurrirten also elective mit derselben Tendenz. Hieraus ergiebt sich nun in Bezug auf die Ganssischen Ansichten vielerlei, was sich mit ihnen nicht verträgt. Es folgt nämlich einmal daraus, daß mit der condictio (wie auch schon mehrfach oben gezeigt) ein incertum gefordert werden konnte. Denn da dieselbe hier mit der actio depositi concurrirte, so würde anders angenommen werden müssen, daß mit der hier denselben Effect habenden actio depositi ein certum gefordert werden dürfe, was ja nach Gans in aller Welt nicht möglich werden kann *). Sodann aber finden wir hier einen Fall, wo die condictio eine bonae fidei actio war. Die obligatio des Depositor im Falle eines dolus war so gut ex fide bona zu ermitteln, wie auch jene obligatio ohne Concurrenz eines dolus. Ist dies aber, so gieng die condictio jedenfalls auf das, was ex fide bona zu prästiren war, und somit war sie bonae fidei; und anders müßte man ja annehmen, daß die ebenfalls eintretende actio depositi eine actio stricti juris gewesen wäre, was aber ja nicht sein kann. Gans wäre demnach durch den Inhalt jener Stelle mit seinen Behauptungen mehrfach in einem nicht zu lösenden Dilemma. Wir sind genöthigt, ihn darin zu belassen, und finden, uns nach obiger Stelle zurückwendend, darin weiter einen Beleg für unsere Behauptung, daß die condictio eine generelle Klage aus Obligationsverhältnissen war. Denn dieselbe findet hier subsidiär Anwendung, und sobald die obligatio des Depositor allgemeinerer Natur ward; so-

*) Unseres Theiles wird dies freilich nicht bestritten. Man übersehe nur den Zweck dieser Deduction nicht.

bald die diesfällige Klage nicht mehr prăcis auf das reddere rei depositae gerichtet ward (die condictio gieng nicht auf die eigene Sache des Klägers), wozu vielmehr die actio depositi recht eigentlich da war; sondern sobald die Obliegenheit mehr eine allgemeine ex obligatione zu werden anfieng — da finden wir sie in elective Concurrenz mit der speciellen Contractsklage.

Einen fernern Fall liefert folgende Stelle:

Paulus Lib. 18. ad Ed.

fr. 28. §. 4. D. de jurejur. (12. 2.)

Exceptio jurisjurandi, non tantum si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in judicium deducatur. Forte si ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, caeterasque similes jusjurandum exactum sit, deinde ex iisdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem, altera quoque consumitur.

In diesem Ausspruch liegt nun wieder Mancherlei, was gegen die Behauptungen von Gans spricht. Wenn die praestatio aus einem Mandat, einer Societät u. s. w. durch einen Eid, das letzte Beweismittel, festgesetzt worden war, so konnte dieselbe, diese praestatio, natürlich möglicherweise auch ein certum sein. Dies ist sehr begreiflich, denn bei einer jeden obligatio läßt sich nach obiger Begriffsbestimmung ein certum denken. Dasjenige nun, was in einem Rechtsstreite durch den Eid, oder aber auch durch dessen Remission als der Gegenstand der obligatio aufgefunden worden war, konnte mit einer besondern Klage, nach Art der actio confessoria oder judicati, *ex jurejurando* in Anspruch genommen werden *). War dies alsdann ein certum, so

*) Ulpianus fr. 9. §. 1. D. h. t. *Jurejurando dato* vel *remisso*, reus quidem adquirit exceptionem sibi, aliisque: *actor vero*

war diese actio ex jurejurando eine condictio certi. Aber auch außerdem konnte natürlich der Anspruch aus einem Mandat, einer Societas, einer Geschäftsführung u. s. w. ein certum sein, denn begreiflich konnte es sein: homo Stichus, fundus Tusculanus, decem aurei etc. *). In einem solchen Falle war es nun sehr natürlich, daß auch die condictio certi, als eine allgemeine Personalklage aus obligatorischen Verhältnissen, mit der actio mandati, negotiorum gestorum etc. concurriren mußte. Indem aber in fr. 28. §. 4. cit. von Paulus gesagt wird, sobald die praestatio ex mandato, negotiorum gestione, societate — deren Geltendmachung mit den speciellen Klagen aus dem betreffenden Geschäfte, als actio mandati, negotiorum gestorum, pro socio, bereits versucht worden — vermittelst eines Eides fixirt, oder aber (davon redet unsere Stelle ganz besonders) auch gänzlich absorbirt worden sei, so könne nun auch der etwa erhobenen condictio certi die exceptio jurisjurandi entgegengesetzt werden — indem Paulus dies einräumt, so giebt er ja indirect zu, daß die elective Concurrenz der condictio mit jenen Klagen keinem Bedenken unterliege; diese Concurrenz ist mithin außer allem Zweifel gesetzt. Daraus ergiebt sich aber sofort mit Nothwendigkeit weiter, daß in jenen, von Gans bonae fidei negotia genannten, Verträgen die condictio — was Gans so bestimmt bestreitet — Statt habe: und nicht weniger ergiebt sich, daß in diesen negotiis ein certum der Gegenstand der Prästatio sein konnte — was Gans ebenso bestimmt läugnet **).

Die von uns bisher entwickelte Ansicht über die Natur

---

actionem adquirit, in qua hoc solum quaeritur, an jurare-rit dari sibi oportere, vel, cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.

*) Cf. fr. 74. 75. D. de V. O. (45. 1.)

**) Cf. Donellus ad Tit. Just. de actt. §. 28. Nr. 29.

der condictio enthält aber noch einen schlagenden Beleg durch folgende Stelle — und durch dieselbe wird ebensosehr die Darstellung von Gans widerlegt, so daß wir dieselbe nicht übergehen können.

Ulpianus Lib. 74. ad Ed.

fr. 5. D. de except. rei jud. (44. 2.)

Utputa, si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa permississet, propter eandem rem agat *negotiorum gestorum*, vel *condicat*, de eadem re agit.

Hier dürfte es nun doch unwiderleglich ausgesprochen sein, daß condictio und actio negotiorum gestorum zugleich Statt finden, d. i. concurriren, und daß dieselben aus einerlei Grunde wegen derselben Sache, de eadem re, Statt haben sollen. Was also ohnedies unbegreiflich sein, was eine Monstrosität enthalten, und was dem Geiste einer jeden vernünftigen, nicht weniger auch der römischen Gesetzgebung widerstreiten würde; was darum auch jedenfalls strenge zu beweisen bleiben möchte — dessen Gegentheil ist zum Ueberflusse hier klar genug ausgesprochen, um ohne Zwang geglaubt werden zu können. Die exorbitanten Behauptungen Gansens, die überdies aller gründlichen Belege entbehrten, sind also in unsern Quellen auch noch direct widerlegt worden.

S. 26. will uns Gans nachweisen, daß die actio Legis Aquiliae eine condictio in seinem Sinne sei. Er wird natürlich hierzu getrieben, da die Verbindlichkeit aus der Lex Aquilia eine ex Lege descendens ist, die nach seiner Lehre nur mit einer condictio verfolgt werden kann. Da er nun das Wesen der condictio in das damit bewirkte dare eines certum setzt, so folgt hieraus nothwendig, daß nach ihm die actio Legis Aquiliae stäts auf ein certum gehen müsse. Nach jenem Begriffe von certum, wie derselbe oben,

als in den Gesetzen ausgedrückt nachgewiesen ist, wird dies aber in den meisten Fällen schon nicht möglich bleiben, weil der Werth des plurimi da, wo er vom Beschädigten angesprochen ward, so wie überhaupt die Größe des Schadens dem judex immer erst durch Beweis nachgewiesen werden mußte, so daß mithin voraus nicht gewußt werden konnte: quanti res esset, was doch wesentlich zum Begriffe des certum gehört. Es war daher schon nicht möglich, daß der Prätor überall die Formel auf ein certum richten konnte. Diese Bedenken bringen Gans freilich keinen Augenblick in Verlegenheit; denn um den berührten Schwierigkeiten zu entgehen, nimmt er ohne Weiteres an, die genaue aestimatio rei sei der Klage vorhergegangen. Allein abgesehen von der Inconvenienz, daß danach der Beweis noch vor der Klage hätte erbracht werden müssen, während dieser Beweis durch die confessio vielleicht unnöthig werden konnte, so ist dabei gänzlich übersehen, daß wir bei solchen Voraussetzungen und nach solchen Principien niemals ein incertum haben werden, damit aber natürlich — wie mit dem Begriff Laster, jenem der Tugend — auch der Begriff eines certum wegfallen muß. Denn es läßt sich der Werth eines jeden facere, eines jeden id quod interest, eines jeden Rechtes, kurz eines jeden denkbaren Anspruches auch vor der Klage durch aestimatio möglichst genau ermitteln, so daß alsdann die Klage auf diese aestimatio als ein certum erscheint. Indeß dies war der modus procedendi nicht, vielmehr war diese Ermittlung der aestimatio Sache des judex, vor dem jedesmal aller Beweis geführt werden mußte, und zwar sowohl der des plurimi bei der Lex Aquilia, als das id quod interest bei der emtio, sobald nur über Eins oder das Andere die Parteien uneinig waren. Die Klage aus der Lex Aquilia gieng also in den meisten Fällen nothwendig auf ein incertum, welches denn freilich wie auch jedes Andere durch

die spätere Fixirung des Anspruches auf ein Geldquantum zu einem certum ward.

Kann nun wohl schon darum der Sinn des von Gans allegirten fr. 9. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.) gewiß nicht jener sein, den Gans ihm beilegt, so dürfte dies auch noch aus andern Gründen zu Tage liegen. Nachdem Ulpian nämlich in principio jener Stelle gesagt hat: competit haec actio — i. e. condictio certi — *ex omni obligatione*, ex qua certum petitur, so schickt er sich an, für diesen Ausspruch auch Beispiele beizubringen. Nun entstehen aber nicht nur ex contractu certo seu incerto obligationes, sondern gleichmäßig aus Testamenten, aus Delicten — ex legati causa, ex delicto etc. Daher mußte Ulpian seine Beispielsammlung vernünftigerweise auch bis auf die Legate und Delicte erweitern, und so ist es natürlich, daß Ulpian sagen muß: et ex legati causa, ex Lege Aquilia competit actio, denn selbstredend können auch hieraus obligationes entstehen, deren Gegenstand ein certum ist. Indeß wird man hierbei nöthig haben, um nicht mißzuverstehen, was derselbe gesagt wissen will, nicht unbemerkt zu lassen, was Ulpian früher als eine wesentliche Voraussetzung der condictio certi hervorhob, nämlich: *dummodo praesens sit obligatio;* denn das certum muß ein gegenwärtiges certum sein, und nicht etwa durch aestimatio der Leistung, die an sich ein incertum ist, späterhin zum certum werden: dies letztere kann nun freilich bei der Lex Aquilia so sein: es kann sich hierbei der Anspruch, wenn gleich zuerst incertum, zu einem certum umgestalten; allein dies ist gleichmäßig bei andern Obligationen der Fall. So kann z. B. beim Kauf der Anspruch, der zunächst ein incertum war, durch Festsetzung des id quod interest nachgerade certum werden; es kann aber der Gegenstand der Forderung auch beim Kauf von vornherein certum sein, denn es kann die praestatio sein: homo Stichus, aurei decem etc.

Während Gans in fr. 2. §. 3. D. de priv. del. (47. 1.) einen starken Beweis für seine Annahme, daß die Klage ex Lege Aquilia eine condictio gewesen *), zu haben glaubt, können wir uns nicht überreden, irgend etwas Anderes in dem Citat zu finden, als ein Beispiel der Manier, die oben als eine eigne Citirmethode näher bezeichnet ward, wonach nämlich irgend ein Sinn beliebig in eine Stelle hineingelegt wird, der dem Citirenden darin liegen zu müssen bedünkt. Ulpian fragt nämlich in jener Stelle: ob nach der condictio furtiva die, auf die Rückerstattung eines geraubten und getödteten Sclaven, nicht auch noch die actio Legis Aquiliae Statt haben solle. Nun wissen wir, daß bei der condictio furtiva die Sache oder deren höchster Werth von der Zeit der Entwendung bis zur Zeit des judicii accipiendi gefordert werden kann, während mit der actio Legis Aquiliae auch das quanti plurimi in eo anno. Daher enthält die Frage Ulpians dies: ob, nachdem man die aestimatio der condictio furtiva erlangt, nicht auch noch die möglicherweise viel höhere aestimatio der Lex Aquilia angesprochen werden könne. Dies letztere zu bejahen, findet sich überall kein Umstand, da diese Bejahung auf die allgemeine Regel gegründet ist, daß die mehr enthaltende Klage auch noch nach der auf weniger gerichteten angestellt werden darf **). Allein, wie ist nun, fragen wir, in dem Ausspruch Ulpians auch nur im entferntesten angedeutet: daß die actio Legis Aquilia eine Gansische condictio sei, oder daß sie eins sei mit einer solchen condictio? Man lese doch nur den Nachsatz jener Stelle, um den Unterschied, die Verschiedenheit beider Klagen sofort zu bemerken: Sed si servus sit, qui

---

*) d. h. in seinem Sinne. In einem andern Sinne war die actio Legis Aquiliae allerdings eine condictio, denn sie war eine actio personalis.

**) fr. 34. pr. §. 2. fr. 41. §. 1. fr. 58. D. de O. et A. (44. 7.)

haec admisit, quacunque actione nexae fuerit deditus, *peremta est altera actio.*

Bei dem, was Gans S. 27. über die condictio ex Lege vorbringt, beschränken wir uns darauf, anzuführen, daß nicht alle condictiones ex Lege auf ein certum gehen und begreiflich darauf nicht alle gehen können, eben weil die Gesetze viele und mancherlei obligationes constituiren, deren Inhalt keineswegs ein certum war. Nach dem Titel der Pandecten: de condictione ex Lege ist ein jeder Anspruch aus dem Gesetz (insofern derselbe nota bene eine obligatio enthält) für dessen Geltendmachung keine besondere Klage bezeichnet ist — da ja mit dem Zwecke doch auch die Mittel gewollt werden müssen — nun dennoch nicht ohne Klage. Die Klage hat in solchen Fällen ihren Ursprung in dieser jedesmaligen gesetzlichen Vorschrift, ex Lege; sie ist eine persönlich-obligatorische, mithin eine condictio — also condictio ex Lege. Wenn nun auch, wie Gans allein hervorhebt, dies in Rücksicht derjenigen Klage speciell gesagt ist, womit das supra modum Geschenkte zurückgefordert werden kann, so giebt es dieser Art Klagen doch noch mehrere. So ist z. B. jene persönliche Klage, womit die s. g. quarta Divi Pii *) gefordert werden kann, oder jene, womit das Supplement zur Legitima angesprochen wird **), nichts anderes, als eine solche condictio.

Allein man fragt wohl ganz mit Recht, ob diese Ansprüche etwa certa seien? und ob mithin der Gansische Begriff einer condictio darauf passe?

Gans schickt sich nun S. 28. flg. wieder an, Beweise für seine Ansichten zu sammeln. Es dürften dieselben im Allgemeinen nicht ausreichen; was aber vollends soll die citirte Aeußerung von Cicero? Sehen wir auch selbst ab

*) fr. 8. §. 15. D. de inoff. test. (5. 2)

**) Const. 30. 35. §. 2. C. de inoff. test. (3. 28.) Nov. 115. c. 5.

von dem speciellen Falle und der besondern Veranlassung, durch welche Cicero zu seiner Aeußerung vermocht worden ist, so behauptet Gans S. 30. ja selbst, daß die Aufzählung Cicero's der Fälle nämlich, in welchen ein certum gegeben werden mußte, mangelhaft sei, indem er bemerkt, Cicero habe jene Formen, die mit dem von ihr behandelten Gegenstande nicht in Beziehung gestanden, ausgelassen. Was aber kann um Gottes willen mit einer anerkannt nicht erschöpfenden, sondern zu einem individuellen, darum einseitigen Zwecke aufgestellten Aeußerung da bewiesen werden sollen, wo es Aufgabe ist, die Sache zu erschöpfen, d. h. alle Fälle, als einzig in Betracht kommend, nachzuweisen? Darum allein ja ist auf Cicero's Stelle schon gar nichts zu geben. Nicht nur aber, was Gans selbst bemerkt, testamentum, sondern auch Lex hat Cicero übergangen — oder hat er etwa gesagt, bloß die vom Gesetz bestätigten Formen, um in Gansischer Manier zu reden, könnten in seinem Falle eine obligatio erzeugen? Allein Cicero — der nur sagt, nicht einsehen zu können, wie seine agirende Person certam pecuniam fordern möge: quemadmodum certam pecuniam petere possit (ille) non reperio — redet gar nicht von certum überhaupt, sondern von einer certa pecunia *numerata*, einer geforderten namhaften Summe. Da wir nun sehr wohl wissen, daß ein certum durchaus nicht nothwendig pecunia und noch weniger pecunia numerata sein mußte, so gehört schon darum weiter Cicero's Ausspruch, der nur von einem Theil des Ganzen redet, nicht hierher.

In seinen Argumentationen will Gans S. 29. mit fr. 103. D. de V. O. (45. 1.) und mit fr. 19. D. de serv. praed. rust. (8. 3.) darthun, daß die Stipulation nur eine petitio certi, eine Klage auf ein dare oportere begründe *),

*) Wir sagen: nur eine petitio certi etc.; denn daß sie mitunter eine solche begründe, ist wohl richtig, das aber hat Gans nach seinen Grundsätzen wohl nicht sagen können.

was heuer eine condictio sei. Indeß behaupten wir, die erstere Stelle rede nicht im Geringsten für Gans. Dieselbe enthält vielmehr bloß den Ausspruch, daß ein liber homo nicht Gegenstand einer obligatio, also natürlich gültigerweise auch nicht eine stipulatio sein dürfe. So bekannt dies ist, so wenig beweisen auch die von Gans hervorgehobenen Worte des Modestin: quia nec *dari oportere* intendi potest, für Gans. Denn man soll in Versuchung kommen, dies für den Grund Modestins zu halten. Dies ist aber keineswegs der alleinige Grund desselben für seine Behauptung, sondern auch der folgende: nec aestimatio ejus praestari potest; — und aus den angeführten Beispielen: „so wenig wie ein „todter Mensch, oder ein in Feindesland liegender Fundus", ergiebt sich doch wohl bis zur Evidenz, daß der Entscheidungsgrund eigentlich sei: weil der liber homo nicht geliefert werden kann; weil ein liberum corpus so wenig veräußert als taxirt werden mag *). Wäre auch nur die aestimatio möglich, so würde dennoch, wie Modestin indirect deutlich genug ausdrückt, und wie andersher bekannt genug ist, die stipulatio giltig sein — was also direct gegen Gans spricht. Ueberhaupt hat Gans sich verleiten lassen, dem dari oportere hier einen ganz andern Sinn beizulegen als Modestin. Letzterer sagt: ein freier Mensch kann nicht Gegenstand der Stipulation sein, weil man weder ihn selbst fordern, noch ihn ästimiren kann. Nach Gans aber heißt die Stelle: der Freie ist nicht Gegenstand der Stipulatio, weil bei ihm ein *dare* nicht möglich ist —; wäre mithin ein tradere — was ja nicht dare ist — thunlich, so könnte nach Gans auch ein Freier verhandelt werden. Eine richtige Würdigung der Tendenz von Modestin und Gans wird die Richtigkeit unserer Angaben bewähren.

---

*) fr. 83. §. 5. D. ib. fr. 1. §. 9. D. de O. et A. (44. 7.) fr. 182. D. de R. J. (50. 17.)

Die zweite Stelle, das fr. 19. als Argument oder Belegstück figuriren zu sehen, kann gewiß nur wundern. Hier declarirt Paulus eine stipulatio für inutilis, weil der Gegenstand in der stipulirten Weise gar nicht geliefert werden kann, keineswegs aber, weil der Gegenstand sich zum *dare* bloß nicht eignet. Im vorliegenden Falle hatte ein Socius sich einen Weg zu einem gemeinschaftlichen Fundus stipuliren lassen, das ist unnütz, sagt Paulus, denn er kann dem Stipulator (ei) nicht geliefert werden. Im Allgemeinen kann ich aber allerdings einen iter dare, wenn dies überhaupt nur bei einem Rechte möglich sein soll; und das Ende jener Stelle bestätigt dies zweifellos. In dem Falle des Paulus aber konnte eine datio an den stipulator nicht gelten, weil ihm allein nichts versprochen war; allen Sociis konnte nicht gegeben werden, weil nicht für alle und selbst nicht mit allen paciscirt war. Sind aber diese wesentlichen Mängel in der Eingehung der stipulatio selbst gehoben, wie dies im 2ten angeführten Falle, indem nämlich alle zusammen, oder einer für alle stipulirte, so ist das dare wohl möglich, mithin die stipulatio giltig. Was aber Gans hierbei wieder vollends übersehen zu haben scheint, ist, daß der iter ein incertum war, daß es sich also überhaupt von dem dare eines incertum handelt. Insofern liegt also in dieser Stelle ein Argument gegen Gans. Derselbe behauptet, das Charakteristische der condictio sei: daß sie auf das *dare* eines certum gehe und überhaupt nur bei certa, nicht aber bei incerta von einem dare geredet werden könne. Hier aber findet dies seine Widerlegung, indem da von dem dare eines incertum, als Gegenstand der obligatio, die Rede ist.

Gans schmiedet nun aber augenscheinlich selbst die Waffe, womit er zu bekämpfen ist, wenn er Tit. Just. 22. Lib. 3. allegirt. Daraus soll sich ergeben, daß die expensilatio ein modus obligandi sei, der immer ein incertum, mithin ein

dare in sich begreife. Weil nämlich, so meint Gans, aus der Justinianischen litterarum obligatio eine condictio entspringe, so sei dies auch bei der von dieser vertretenen ältern der Fall. Allein uns scheint gerade der Umstand, daß aus der neuen litt. obligatio, quae ex chirographo venit, eine condictio gegeben wird, nachdem die ältere außer Gebrauch gekommen ist, zu beweisen, daß diese condictio nicht nothwendig certi sein mußte. Ferner dürfte daraus hervorgehen, was Gans ebenfalls widerspricht, daß die condictio nicht lediglich aus einem solchen Geschäfte entsprang, was Gans negotium stricti juris nennt; denn die neuere literarum obligatio gieng ebenso wenig immer auf ein certum — es war gewiß nicht nöthig, daß pecunia numerata oder ein certum versprochen sei, vielmehr konnte eine jede praestatio von einer jeden Art schriftlich zugesagt werden, wie dies freilich auch schon in der alten Syngrapha sein konnte —, als wenig sie nothwendig eine actio stricti juris erzeugte.

Auch aus der versuchten Zusammenstellung der Legate, oder vielmehr der Ansprüche, die ein Legatar an dem Erben hat, mit jenen Ansprüchen, die aus einer stipulatio resultiren, folgt überall nichts mehr und nichts weniger, als daß in beiden Fällen allerdings Obligationsverhältnisse, d. h. persönliche Verpflichtungen und denen Aehnliches sich ergeben. Wir geben darum auch willig die Behauptung S. 32. zu, daß die Analogie nicht zu läugnen ist. Was ist nun aber mehr damit? Was folgt daraus weiter? Etwa daß sie vollständig gleich seien? Keineswegs. Haben ja doch, freilich nur nach andern Seiten hin, Mandat und Geschäftsführung ohne Auftrag; Testament und Codicill u. s. w. noch weit größere Analogie und Aehnlichkeit, ohne darum Eins zu sein. Die Behauptung einer Analogie bleibt also, obwohl an sich wahr, für den gemeinten Zweck gänzlich leer.

Wenn daher Gans alsbald weiter prädicirt: „die practisch „gleiche Wirkung des legati damnationis und der stipula„tio gehe aus seinen Stellen deutlich hervor", so müssen wir dies abweisen, weil es ein großer Sprung ist, so groß wie die Kluft zwischen bloßer Analogie und vollständiger Einerleiheit. Umgekehrt will es uns keineswegs bedünken, als ob diese Citate von Gans viel zu bedeuten hätten. Lassen wir deren Werth auf sich beruhen. Aber gegen die folgende Behauptung: als ob nun nicht mehr zu beweisen stehe, es sei die actio des Legatar eine condictio, müssen wir uns auflehnen, — insofern nämlich damit etwas Anderes gesagt sein soll, als sie sei eine actio personalis, gleich jeder andern obligatorischen Klage, und also nur in unserm oben mehrfach angedeuteten Sinne eine condictio. Um Gans zu widerlegen, darf man nur daran erinnern, daß auch incerta Gegenstände des Legati damnationis sein konnten.

Nicht weniger glauben wir aber die Deutung, welche Gans S. 33. dem dort allegirten fr. 9. D. de cond. ob turp. (12. 5.) giebt, abweisen zu müssen. Damit will Gans nämlich beweisen, daß die actio ex testamento eine condictio sei. Indem Paulus in dem nicht abgedruckten Eingang der Stelle einige Gründe aufzählt, aus welchen Leistungen, als ob turpem causam accepta, zurückgefordert werden könnten, bemerkt er, daß der Geber beim Mandat, dem Kauf der Miethe, insofern er dem Gegner dessen Pflichterfüllung noch besonders bezahlt habe, hier auch mit der Contractsklage das turpiter acceptum fordern könne, nämlich das für die Pflichterfüllung bezahlte — natürlich, denn diese Klagen waren bonae fidei, wobei alles Interesse zur Sprache gebracht werden konnte. In dem Falle aber, wo für solche aus einem Testament oder einer stipulatio resultirende Pflichterfüllung irgend etwas gegeben und somit turpiter acceptum sei, habe der Geber dieserwegen nur eine condictio pecu-

niae datae. Klärlich, denn die judicia stricta ex testamento et stipulatu, gleichfalls condictiones, giengen auf nichts anderes als das, was ex testamento, ex stipulatu zu präſtiren war, alſo nicht auf das, was ex turpi causa. Wie in aller Welt folgt nun aus der Stelle von Paulus, daß die actio ex testamento — wovon gar keine Rede iſt — eine condictio (in Gans Sinne) ſei; daß das Legat — deſſen Paulus mit keiner Silbe erwähnt — nur mit einer ſolchen condictio gefordert werden dürfe? Es iſt ja einzig und allein die Sprache von der redditio deſſen, was gegeben worden, damit der andere ſeine Obliegenheiten erfülle, und was ſomit als turpiter acceptum erſcheint. Paulus ſpricht durchaus nicht von dem ex testamento zu Fordernden ſelbſt, hierauf kann alſo unmöglich das condictio duntaxat bezogen werden; vielmehr kann kaum etwas deutlicher ſein, als daß Paulus jenes turpiter acceptum nur mit einer condictio pecuniae datae i. e. ob turpem causam zurückgefordert wiſſen will — condictio duntaxat pecunia *datae* — nicht pecuniae accipiendae ex testamento *).

Mit der Behauptung, die Gans S. 35. aufſtellt, daß eine fünfte Form ſich ergebe, in welcher die obligatio zu einer condictio certi führe, verhält es ſich wohl wiederum ſo, wie bereits oben einmal angemerkt ward, daß Gans ſelbſt uns die Waffe gegen ſich darreicht. Es wird nämlich

---

*) In denen von Gans hier S. 33. Note 10. angeführten Stellen iſt immer von ſolchen Stipulationen die Rede, die auf ein incertum gehen. Nun wird man aber anſtatt fr. 88. D. de V. O. leſen müſſen fr. 83. Bei const. 14. C. de pactis und fr. 28. D. de actt. E. V. aber zu bedenken haben, daß von einer Forderung ex stipulatu, nicht einer *actio* ex stipulatu die Rede iſt, was inſofern einen wichtigen Unterſchied macht, als dieſe letztere bald eine actio ex stipulatu, vorzugsweiſe ſo genannt, bald eine condictio certi ſein kann.

dort das beschworene Versprechen des libertus, seinem Patron Dienste zu leisten, in seinen Wirkungen mit einer stipulatio gleich geachtet, insofern daß daraus eine condictio certi entstehen soll. Nun kann aber einmal nichts gewisser und natürlicher sein, als daß alle operae, nach obiger Bestimmung des Begriffs incertum, nothwendig als ein facere in sich begreifend incerta seien; so daß also die promissio liberti, so oft dieselbe operae betraf, d. i. aber meistentheils, eine condictio incerti erzeugen mußte — während sie nach Gans, als der stipulatio ganz gleichstehend, nur auf das *dare* eines certum gehen könnte. — Sodann aber würde nach der Ansicht, als ob hier, wie bei allem dare, nur ein certum zu prästiren sei, das Geschäft nichts anderes als ein s. g. negotium stricti juris sein dürfen, somit aber doch nicht zugleich sein eigner Gegensatz sein können. Der Gegensatz non negotium stricti juris ist nach Gans der contractus, also könnte jenes Geschäft kein contractus sein. Doch aber nennen die Römer ein solches Geschäft gerade einen contractus.

Modestinus Lib. 7. Pandectarum
fr. 77. D. de solutt. (46. 3.)

In liberto antiquior *contractus operarum* esse non potest, sine quo libertas ei data non esset.

S. 36. kömmt Gans zu der Behauptung: daß die condictiones, besonders die wegen eines Habens ohne Grund eigentlich nichts weiter gewesen seien, als ein Surrogat der Rei vindicatio. Die Behauptung ist ohne directen Beweis gelassen, und scheint mehr das Resultat der über die condictiones von Gans ermittelten Regeln zu sein, wird aber auch darum aufgestellt, weil die condictio oft mit der Rei vindicatio zusammenstehn. Indeß fühlen wir unseres Ortes uns wieder verpflichtet, dieser Annahme die Meinung gegen-

über zu stellen, daß keine condictio, auch nicht solche, welche aus einem Haben ohne Grund entstehen *), irgend etwas mehr mit der Rei vindicatio gemein habe, wie auch jede andere Contractsklage, daß mithin im geringsten nichts an dem sei: „die condictio sei ein Surrogat der Reivindica-„tion ꝛc.“ Die letztere verfolgte stäts unmittelbar die Sache, als noch im Eigenthum des Klägers ruhend, mochte sie sich vorfinden, wo es auch immer sei. Sie konnte darum auch nur von dem Eigenthümer des abhanden gekommenen Gegenstandes oder demjenigen, der einem solchen gleichsteht, gebraucht werden — sie war und ist im Grunde nichts anderes als ein Act des Eigenthumsrechtes, eine Besitzausübung, die nur unter öffentlicher Auctorität (aus begreiflichen Gründen) geltend gemacht wird. Der Vindicant übt im Act des Vindicirens das als Grundbedingung des Eigenthumsrechtes wesentlich nöthige Besitzrecht aus, er fordert den Gewahrsam seiner Sache. Da er dies nicht direct und unmittelbar konnte, ohne scheinbar in den Privatrechtskreis eines Andern einzugreifen, so gebraucht er hierzu der Mithülfe und Oberaufsicht des Staates. — Ganz anders bei Obligationen. Hier war dasjenige, was erlangt wer-

---

*) Gans versteht hierunter besonders die **condictiones indebiti, ob causam datorum, ob turpem causam etc.** In diesen Erörterungen ist oben der Gedanke geltend zu machen versucht worden (§. 2.), daß die **obligationes** und deren Existenz vermittelst der Fiction, daß der Wille eines Andern Gegenstand des Eigenthums sei, zu erklären sein sollen. Man hüte sich aber ja, diese Ansicht mit der von Gans hier dargestellten zu verwechseln. Nach diesem ist nicht der Wille des Andern Gegenstand des Anspruches, sondern das, was geleistet werden soll unmittelbar, die beabsichtigte Leistung, d. h. das, was man gewöhnlich Gegenstand der **obligatio** nennt. Nach obiger unserer Ansicht kömmt aber dieser Gegenstand, das zu Leistende nicht direct in Betracht, zu ihm steht der Berechtigte in keiner Beziehung, sondern jener hat sein Recht in des Andern Willen verlangt; er hat allein diesen Willen zum Objecte.

den soll, d. i. der Gegenstand der obligatio, nicht in dem Rechtskreise des Klägers, war zumeist auch niemals darin gewesen, so daß ein bereits erworbenes, analoges Eigenthum an dem Gegenstand derselben selbst nicht einmal denkbar bleibt. Das Ziel des Berechtigten liegt im Willen des Verpflichteten, welcher Wille dahin gerichtet werden soll: das in des letztern Sphäre beruhende Object in jene des Klägers zu übertragen, oder das bedungene facere zu leisten. Ganz zu dieser letztern Art von Ansprüchen gehörten diejenigen, welche mit einer condictio aus einem Haben ohne Grund geltend gemacht werden sollen. Auch hier ist die Forderung des Berechtigten auf den Willen des Obligirten gerichtet. Insofern sind also die condictiones jedesmal der Rei vindication entgegengesetzt *). Nur dann, wenn das Gegebene in das Eigenthum des Empfängers übergegangen war, konnte condicirt werden, also gerade nur dann, wenn auf Seite des Berechtigten kein Eigenthumsanspruch mehr existirte, und anders konnte immer nur vindicirt werden. Am klarsten tritt dieser Unterschied hervor, wenn das Hinzugegebene theils consumirt, also Eigenthum des Empfängers geworden, theils noch nicht consumirt war, also Eigenthum des frühern Inhabers geblieben. Hier konnte nur jener Theil condicirt, dieser mußte vindicirt werden **). Auch da zeigt sich jene Verschiedenheit, wo der Geber alienam pecuniam gab. Denn hier hatte gerade dieser Geber die condictio, nicht aber der Eigenthümer der pecunia, während, wenn die condictio der rei vindicatio nachgebildet und

---

*) Die Römer wissen es daher gar nicht zu vereinigen, daß irgend jemand mit einer condictio seine eigene Sache, also einen Eigenthumsanspruch verfolgt. Ulpianus fr. 12. D. de usufr. quemadmod. cav. (7. 9.) Proditum est, neminem rem suam, nisi fieri, condicere posse. Cf. fr. 1. §. 1. D. de cand. trit. (13. 3.) §. 14. J. de actt. (4. 6.)

**) fr. 13. D. de R. C. (12. 1.)

ein Surrogat von dieser wäre, es sich wohl gerade umgekehrt verhalten haben würde *). Endlich konnte mit der condictio gefordert werden: ut liberetur, — wenn z. B. jemand eine Schuld indebite auf sich genommen hatte, wo also von einem Eigenthumsanspruch und dem Aehnlichen keine Rede kommen kann; um so weniger dies, wenn der Dritte bona fide gehandelt, also noch nicht einmal ein dolus die Klage erzeugt hatte. Selbst die Wiederherstellung einer indebite durch Acceptilation getilgter Schuld konnte mit der condictio bewirkt werden **); was doch nur auf ein rein persönlich-obligatorisches Verhältniß deutet, welches Verhältniß mit Eigenthumsansprüchen und dinglichen Ansprüchen oder Klagen nicht die geringste Gemeinschaft haben kann.

Dies mag genügen, um die Behauptung zu rechtfertigen: es sei die condictio ganz anderer Natur gewesen, als die rei vindicatio und, als obligatorischen Ursprunges, der letztern die dinglicher Natur geradezu entgegen zu setzen.

Nun findet Gans S. 37. es selbst sonderbar, daß, wie seine Ansicht es enthält, die condictio in ihren Wirkungen zum strictum jus gehören soll, während doch der Grund derselben, also die Ursache ihrer Entstehung im aequum et bonum berufe — sie selbst hat mithin die Natur des aequum et bonum ***). Dieser Sonderbarkeit wäre das Verhältniß

---

*) fr. 19. in f. D. cit. (12. 1.)

**) fr. 10. 31. D. de cond. ind. (12. 6.)

***) Nicht nur ist es sonderbar, sondern es ist in der That in sich selbst widersprechend, daß **ex aequo et bono** ein **jus strictum** sich unmittelbar erzeugen soll. Während überall Gleiches nur ihm selbst Gleiches producirt, soll es sich hier umgekehrt verhalten; Ursache und Wirkung sich wie feindliche Principe gegeneinander überstellen. Das wäre etwa so, als wenn ein Busch-Hottentottisches Ehepaar oder eins aus den Pescheräh einen Leibnitz erzeugen könnte.

nun nach unserer Darstellung gänzlich entkleidet worden. Allein ebendieselbe Sonderbarkeit hätte Gans dahin bringen sollen und können, das Irrthümliche seiner Ansicht zu erkennen, indem er strictum jus der bona fides direct entgegenstellt, sie für feindliche Principe erklärt, die strenge gesondert, neben einander fortlaufen — doch aber zugleich behauptet, daß dieselben sich mitunter gegenseitig erzeugen und gebären. Man kömmt fast in Versuchung, dafür zu halten, hier sei dem Vergnügen einer exorbitanten, überraschenden Erfindung die schlichte Wahrheit zum Opfer gebracht worden.

Bei S. 38. müssen wir auf einen specifischen Unterschied aufmerksam machen, der zwischen der condictio, die auf pecunia credita geht, und jenen condictiones, die andern Zweckes sind, wirklich besteht; denn Gans setzt den Grund aller zusammen in die numeratio und leitet aus diesem angeblichen Gleichsinn derselben Folgerungen für sie alle ab, welche Folgerungen recht eigentlich doch nur auf das Verhältniß bei der pecunia credita passen. Da Gans das Kriterium aller condictiones in das habere ohne Grund setzt, so hält er dieselben alle darum auch für einerlei. Doch aber besteht ein Unterschied zwischen denen, die aus wirklichen Verträgen, und jenen, die nicht aus Verträgen entstehen — der nach Gans gänzlich verschwindet.

So wie bei allen conventiones der Wille der Paciscenten das Entscheidende ist, die Verbindlichkeit hervorruft, normirt und modificirt, so auch namentlich bei der pecunia credita — die nichts anderes ist als der contractus mutui. Auch hier ist der Endzweck der Interessenten die Rückgabe, diese ist das Ziel des Vertrags; der Wille der Contrahenten legt sich in die redditio. Wenn nun auch die bloße Verabredung, die nach nuda conventio beides umfaßt, das

dare wie das reddere, so ist doch immer damit schon die obligatio selbst erzeugt; vielmehr entsteht diese erst mit der datio, und erst von dieser an ist ein contractus ins Leben getreten. Natürlich kann nur dasjenige, als das Beabsichtigte, also das Wesentliche geachtet werden, was der Inhalt des contractus ausmacht, was zu fordern der contractus die Befugniß verleiht. Nicht die conventio nuda, die pactio de mutuo dando, kann das Wesentliche sein, denn diese ist vom Gesetz für ganz wirkungslos erklärt, sondern nur das, welchem die Gesetzgebung Wirksamkeit und Erfolg beigelegt hat, d. i. der Inhalt des contractus. Sobald aber bei einer pecunia credita von einem *contractus* die Rede kommen kann, d. i. post dationem, so fragt es sich und ist die Rede nur noch lediglich von der redditio. Damit wird aber klar, daß auch nur diese das Normirende ist; daß nur die redditio es sein kann, worin sich die Absicht, der Wille der Contrahenten — die nun nicht mehr bloß Paciscenten sind — verlegt *). Darum heißt ja auch die conventio über ein Dar-

*) Es ändert hieran überall der Umstand nichts, daß mit der **stipulatio** mitunter schon vor der **datio pecuniae** der Contract bestand. Denn einmal kann diese bloße Form, was die **stipulatio** ja ist, nicht das Wesen des Vertrags ändern; letzteres aber kann nur da richtig erfaßt und erkannt werden, wo der Contract von solchen Zufälligkeiten, wie eben die Form ist, gänzlich entkleidet worden — was ja bei der **pecunia credita**, dem **contractus mutui** geschieht, sobald wir, wie oben, uns ihn ohne jene Form der **stipulatio** denken. Sodann aber war die **stipulatio mutui dandi et reddendi**, d. h. diejenige, welche der **datio** vorhergieng, immer eine zwiefache. Offenbar, denn dort ist **stipulator et promissor dandi**, hier (ein anderer) **stipulator et promissor reddendi**; also zwei verschiedene **stipulatores**, eine doppelte **promissio** und eine doppelte **stipulatio** liegt vor. Hier ist also ein **contractus de mutuo dando** und ein **contractus mutui**, wenn auch zu gleicher Zeit eingegangen, neben einander bestehend. Daher findet sich bei der **pecunia credita**, so oft in unsern Quellen von **stipulatio** die Rede ist, auch nur der **promissio redditionis** erwähnt.

lehen nicht pecunia *data*, sondern pecunia *credita*, indem das Criterium des Darlehens darin besteht, daß die pecunia creditirt, d. h. nicht bloß an sich gegeben, sondern gerade zu dem Ende gegeben sei, um ein Anderes zurückfordern zu können *). Darum nun auch, weil der Wille an der redditio, nicht an der datio haftet; weil eigentlich nur jene das Augenmerk des contractus, der Zweck der Contrahenten — nicht Paciscenten — ist, darum allein auch war es möglich, daß wenn jemand seine Sache hingab, jedoch als für einen andern creditirt, um nicht dem Eigenthümer, nicht dem Geber, sondern dem Dritten, für den sie creditirt werden, die Rückgabe gemacht werden mußte, ein klarer Beweis, daß nicht die datio des Normirenden war — sonst hätte ja nur der dans die obligatio erlangen können — sondern die *voluntas*, die mit der datio verbunden war, welche voluntas eben in der redditio haftet.

Paulus Lib. 28. ad Ed.

fr. 2. §. 4. D. de R. C. (12. 1.)

Si *voluntate mea* tu des pecuniam, nam *mihi* actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint.

Darum konnten auch bei der datio Bedingungen gesetzt werden, die als etwas Zukünftiges die redditio betrafen. Alles aber, woran sich Bedingungen, Modificationen knüpfen lassen, woran sie geknüpft werden, das ist das Ziel, der Endzweck, und somit ist bei dem contractus mutui der Endzweck die redditio. Dies hat die pecunia credita mit allen andern Verträgen, mit allen conventiones gemein **), und sie ist daher in dieser Rücksicht in nichts anders, wie die andern Verträge.

Es konnte nun auch die pecunia credenda einstweilen hingegeben und dabei bedungen werden: wenn irgend ein

---

*) fr. 20. D. de R. C. (12 1.)

**) fr. 7. D. cit. (12. 1.)

Ereigniß eintrete, so solle sie dem Empfänger eigen und dieser damit obligirt sein. Schon hierin liegt es wieder bis zur Evidenz, daß keineswegs das Haben ohne Grund es war, worauf die condictio beim mutuo fußte; denn auch alsdann, wenn das Ereigniß sich nicht ergab, die pecunia nicht zu einer credita ward, hatte der Empfänger ganz gewiß ohne Grund; — doch aber findet in diesem Falle eine condictio nicht Statt, sondern nur eine rei vindicatio oder eine actio depositi *).

So hatte ferner, wenn aliena pecunia, ohne die Dazwischenkunft der voluntas domini, hingegeben worden war, nicht etwa der dominus der pecunia, in Rücksicht dessen doch wohl allein gesagt werden mag, der Empfänger habe die Sache ohne Grund — so wie bei dem dominio die condictio, sondern diese stand gerade dem dans zu; es lag mithin der Grund der obligatio nicht in dem facto des dare et habere, sondern vielmehr in der Absicht, der voluntas des Gebers **), so daß umgekehrt ganz von dem abgesehen wird, wessen Sache hingegeben, was hingegeben war. Anders hätte ja, gleichwie bei der Reivindication, nothwendig und nur der dominus rei berechtigt sein müssen. Das Bedingende, die Norm der obligatio, lag also recht eigentlich im Willen, der sich in die redditio legte; und es mußte mithin immer animo obligandi gegeben sein, wenn eine redditio als Pflicht resultiren sollte ***).

Soviel über den Grund der condictio bei der pecunia credita, und zum Beweise, daß diese sich im Allgemeinen von den contractus nicht unterschied.

Anders wird freilich die Sache bei der Reihe der übrigen condictiones, deren nämlich, die nicht aus einem Ver-

---

*) fr. 4. pr. D. ib. (12. 1.)

**) fr. 19. D. ib. (12. 1.)

***) fr. 20. 32. D. ht. (12. 1.)

trag entspringen. Bei diesen ist wirklich der Grund der Klage nichts anderes als ein Haben sine causa, oder eigentlicher noch: ein Entbehren und Verpflichtetsein ohne Grund. Diese Regel ist ein Ausfluß der natürlichen Billigkeit, oder bestimmter: ein Satz wahrer Gerechtigkeit, welche letztere besteht in einer constans voluntas, jus suum cuique tribuendi — ut cuique tribuatur, quod ei debetur *). Die bona fides, als Abglanz der justitia, ließ damit sich nicht vereinigen, daß der Empfänger das ihm nicht Gebührende, weil ebendamit ein Anderer dasselbe ohne Pflicht hierzu entbehrte, behalte, und es machte sich daher die Ansicht geltend, daß es zurückgefordert werden könne. Dies ist der wahre Ursprung, solche Gesinnung die Erzeugerinn der condictiones. Aus dieser hiernach sich ergebenden Natur jener condictiones, nämlich der ob causam datorum, indebiti, ob turpem causam, sine causa, folgt von selbst und nothwendig, daß sie nicht eines sehr frühen, mehr eines spätern, oder was gleich ist, prätorischen Ursprunges sind **), oder aus einer Zeit, wo die Grundsätze einer vernünftigen Gerechtigkeit anfiengen, die gemüth- und trostlosen Regeln des mitunter bis zur Unvernunft harten Rigorismus zu überwältigen. Jene condictiones beruhen daher auch auf den einfachsten Principien. Folgende Rücksichten mögen wohl deren Erscheinung hervorgerufen haben.

Wenn ich irgend etwas gab oder unternahm, jemanden einen Vortheil gewährte, in der bestimmten Voraussetzung, daß sich Etwas ereignen werde, oder ein bereits eingetretenes Ereigniß nicht sich wieder in Nichts auflösen — so erscheint es drückend, wenn ich getäuscht bin und dennoch das

---

*) Cicero de Finib V, 23. Off. I, 5. 7.

**) Die meisten der aus Ulpians Schriften über die condictiones citirten Stellen sind aus dessen liber 26. ad Edictum.

Meinige, nur dieser gewissen Rücksicht wegen Aufgegebene, soll zurück haben — condictio ob causam datorum.

Glaube ich mit der von mir gemachten Prästation eine Pflicht zu erfüllen, und es ergiebt sich, daß diese Pflicht nicht existire, mithin auch nicht deren Correlat, das Recht des Gegners, so gilt dasselbe wie oben — condictio indebiti.

Beide Rücksichten treten gemeinsam ein, doch bald mehr bald weniger die eine oder andere Seite hervorstechend, sobald sich eine illegale Gesinnung des Empfängers ergiebt — condictio ob turpem causam.

Ueberhaupt aber, so oft sich in concreto ergiebt, daß der Eine einen Vortheil hat, der ihm mit dem Verluste des Andern geworden ist, ohne daß bei diesem eine Pflicht zum Erleiden des Verlustes, bei jenem zum Erlangen des Vortheiles vorliegt, muß dieser Mißstand aufgehoben, das Mißverhältniß geordnet werden — condictio sine causa.

Sobald die Ansichten über Recht und Gerechtigkeit bei den Römern sich bis zu dem Punkte erhoben hatten, als man einmal dahin gekommen war, Grundsätze wie die oben bezeichneten zu achten, da waren dieselben von der Gesetzgebung auch nicht mehr abzuweisen; da forderten dieselbe ihre Geltung. Allein hiermit mußte man auch Klagen erschaffen, man mußte Regeln sanctioniren, womit und wonach die Reparation solcher Ungerechtigkeiten gefordert und das Unrecht selbst vermittelt werde. Natürlich aber war die damit unter den Interessenten sich ergebende Beziehung, das daraus erzeugte Rechtsverhältniß nur ein persönliches, denn es hatte seinen Grund in der Gesinnung, und nur auf diese sollte und konnte gewirkt werden. Daher konnten auch nur persönliche Klagen dafür erschaffen werden und persönliche Ansprüche sich geltend machen, d. h. eben: die Klagen mußten *condictiones* sein.

Aus den hier und stückweise bereits oben angedeuteten Ansichten über die coudictiones ergiebt sich leicht, was der Verfasser von deren Ursprung und Natur halten zu müssen glaubte. Es wird sich eben so leicht ermessen lassen, inwiefern unsere oder die von Gans dargebotenen Ansichten die richtigeren sein mögen, oder aber auch wohl keine der Meinungen die Probe hält. — Indem aber Gans für die seinige wieder eine Menge von Gesetzesstellen aus den Pandecten citirt, ist es billig und nöthig, daß wir zusehen, wessen Gehaltes sein möge, was er uns beut. Da soll nun, wie er S. 41. sagt, in unsern Gesetzen es sehr deutlich ausgesprochen sein, daß condictio ex mutuo nichts anderes wäre als eine veritable condictio sine causa. Hierfür steht angeführt fr. 10. in f. D. 12. 4. Allein unseres Ortes meinen wir, hiergegen wieder kräftigst protestiren zu müssen. Jene Stelle muß indeß nothwendig ganz, nicht bloß diejenigen Worte derselben gelesen werden, die Gans uns vorlegt. Vollständig nun lautet sie so:

> Si mulier ei, cui nuptura erat, cum dotem dare vellet, pecuniam, quae sibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiae insecutae sint, recte ab eo pecunia condicatur, quia *nihil interest*, utrum *ex numeratione* pecunia ad eum sine causa, *an per acceptilationem pervenerit*.

Nun, mit seinen Motiven betrachtet, wird der Ausspruch eine ganz andere Bedeutung gewinnen, als Gans ihm unterlegt, denn nun ist darin nichts gesagt: als eine Bereicherung kann so gut Statt finden, wenn ich jemand Geld zahle, als wenn ich ihm eine Schuld in meiner Forderung erlasse; dies gilt natürlich auch von einer solchen Bereicherung, die sine causa erfolgte, wie denn eine dieser Art vorliegend, der Grund der condictio war, die weiter bis in das Gebiet der condictio causa data, causa non secuta

reichte, also nicht bloß sine causa blieb. Vielleicht dürfte nunmehr der sehr deutliche Ausspruch: daß ex mutuo und sine causa besitzen eins und dasselbe sei, nicht mehr in jener Stelle gefunden werden könne *).

Noch weniger aber bedeutet das cit. fr. 14. ib., denn hierin wird bloß gesagt, daß es einen Unterschied mache, ob ich eine Zahlung an einen falsus procurator oder an den dominus geleistet habe. Es werde, sagt Paulus, darauf ankommen, ob der dominus im erstern Falle die Zahlung genehmigt habe, und dann er selbst zu belangen sein. Habe er nicht genehmigt, so könne der falsus procurator in Anspruch genommen werden; nicht zwar, weil die Zahlung indebite sei (die Schuld bestand ja wirklich), sondern mehr ob causam datorum, weil die erwartete Genehmigung des dominus nicht erfolgt sei, oder mit der condictio furtiva, weil der procurator hinsichtlich der ihn nicht gebührenden pecunia ein furtum begangen habe. — Es dürfte viele Phantasie nöthig werden, um in dieser Aeusserung Paulus den sehr deutlichen Ausspruch zu finden, daß die condictio ex mutuo mit der sine causa eins werde.

S. 43. flg. will Gans auch noch die actio rerum amotarum zu den Condictionen zählen, die auf ein certum gehen, und führt hierfür Mancherlei an. Sei es versucht,

---

*) Wenn Gans dafür hält, in dem Augenblicke, wo die condictio dem mutuo dans zustehe, habe der Gegner aufgehört, ex causa zu besitzen, besitze mithin sine causa — so kann man mit diesem Grunde überall behaupten, ein jeder Verpflichtete besitze dasjenige, was er vermöge seiner Obliegenheiten zu leisten habe, sine causa. Alsdann ist unser ganzes Heer von Klagen nichts als eine einzige allumfassende condictio sine causa; dann hat der Käufer das Kaufgeld, der Miether die merces, der undankbare Beschenkte das Object, der Beschädiger das Quantum des Schadenersatzes ꝛc. sine causa.

seine Erklärung zweier Pandectenstellen zu erwägen, zu diesem Ende auch zugleich eine andere Deutung derselben zu substituiren, so ergiebt sich vielleicht daraus, was Wahres an seiner Erklärung bleibe, oder inwiefern daraus das Irrige derselben, oder aber auch der unsrigen resultire. Es wird sich hieraus nebenbei der Maßstab für die Richtigkeit der Ansicht der Hauptsache selbst ergeben.

Um indeß hier der Aufgabe genügen zu können, will es scheinen, als ob folgende Betrachtung nicht unnöthig sei. — Es kann zweierlei Arten von Klagen oder Mitteln geben, eine Sache — im weitesten Sinne des Wortes — zu erlangen, auf welche uns, nach der gebräuchlichen Ansicht, ein Recht zusteht. Einmal nämlich eine Klage, die lediglich auf die Sache selbst gerichtet ist, die nichts anderes beabsichtigt, als das Habhaftwerden des Gegenstandes, der uns zugehörte und noch wirklich, obgleich außer unserm Besitze, zugehört; die darum auch, wie wir es oben bezeichneten, eigentlich nichts anderes ist, als ein Act des Eigenthümers, nichts als die Ausübung seines Besitzrechtes, welche Ausübung, da der Gegenstand des Eigenthums in der Rechtssphäre eines Dritten wenigstens scheinbar begriffen ist, darum nur unter öffentlicher Auctorität geltend gemacht werden kann —; anders würde nicht zu erkennen sein, ob nicht die Handlung in einen widerrechtlichen Angriff übergeht. Solche Klagen sind **rei persecutiones** oder **vindicationes**, und werden von den Römern auch so genannt. Ihnen gegenüber stehen alle andere Klagen, die nicht **rei persecutiones** in jenem Sinne sind. Das Characteristische dieser letztern ist, daß der Gegenstand derselben nicht unmittelbar verfolgt wird — der nie noch in unserm Rechtskreise war, oder **wirklich** aufhörte, dies zu sein — sondern, daß erst auf den **Willen** eines andern Subjectes der Art eingewirkt werden soll, daß dies Subject den betreffenden Gegenstand in meine Sphäre

übertrage, wobei es auch einerlei ist, ob mein Recht auf wirkliches Eigenthum geht — datio — oder bloß auf Besitz — traditio. — Bei dieser letztern Classe ist es nun auch einerlei, welche praestatio gefordert wird, ob eine versprochene Sache, eine poena, oder was immer es sei. Dies sind nun die actiones in personam. Für das identische Denken giebt es eine dritte Art von Klagen nicht, denn nothwendig sind dieselben alle entweder rei vindicationes, oder sie sind dies nicht — tertium non datur.

So lassen sich nun auch bei der widerrechtlichen Entwendung zwei verschiedene Weisen denken, wie das Unrecht, was in jener liegt, ausgeglichen werde. Man kann nämlich hierfür ein Mittel in der Strafe haben *), indem dem Beeinträchtigten gestattet wird, sich ein gewisses, im voraus vom Gesetz fixirtes Quantum vom Entwender leisten zu lassen, und eben in dem Werthe dieser Leistung des erstern Vergütung gefunden ist. Obwohl nun hierbei das Interesse, was der Staat an jener in der Entwendung liegenden antisocialen Gesinnung nehmen möchte, und das Interesse des Privaten an seiner Indemnisation vermischt, nicht gesondert ist, so scheint dennoch das dem Beeinträchtigten widerfahrene Unrecht vollständig ausgeglichen. Diese Art Ausgleichung besteht indeß mehr in der Sühne, der Reinigung des Entwenders und Frevlers; es wird die unrechtliche Gesinnung desselben von ihm verbüßt, und insofern haftet der Gedanke der Versöhnung mehr an dem Prästirten, insofern es der Entwender leistet, als insofern der Beraubte es enthält. Es bleibt nämlich gewiß, daß jener das Unrecht, wenigstens äußerlich, mit vierfacher Zahlung des Werthes des Gegenstandes vollständig verbüßt; aber stäts muß es zweifelhaft bleiben, inwiefern auch der Beeinträchtigte vollstän-

*) Hier ist bloß von Privat-Interesse und Privat-Buße die Rede.

dig zu seinem Rechte gekommen ist, welches sein Recht darin besteht, genau das Entbehrte wieder zu haben. Ob er mehr oder weniger zurückerhielt, bleibt, scheint auch das Erstere, doch immer problematisch. Haftet die Reflexion mehr an dem Unrecht, was der Beeinträchtigte erlitt, hält man mehr bloß diesen im Auge, so stellt sich jene Versöhnung, mittels des vierfachen Ersatzes, nicht als die eigentlich rechte dar, denn es bleibt dabei zweifelhaft, ob er nicht zuviel erhielt, ob nicht zu wenig; — und auch das Zuviel scheint und ist in diesem Betracht wieder nur reines Unrecht. Wenn nun dies reine Unrecht auch wieder in den Schleier der positiven Sanction eingehüllt ist und darum äußerlich vollkommen gerechtfertigt erscheinen möchte, so ist doch der Gedanke daran mit der Idee einer wahren Gerechtigkeit nicht vereinbar, welche letztere genau giebt, was sie geben muß, damit das Unrecht aufgehoben werde; dagegen aber auch, um die Entbehrung zu vermitteln, nur nimmt, genau das, was sie mit Unrecht entbehrte; die ebendarum sich aber auch in reine Ungerechtigkeit umkehren würde, wenn sie mehr giebt, sich mehr zueignet als gerade dies, kurz — die das Unrecht mit Unrecht vergütet. Es ist darum sehr natürlich, daß auch die Römer nachgerade zu der hier entwickelten Ansicht gelangen mußten, und es ist dieselbe, welche sie bei der Erschaffung einer condictio furtiva neben der actio furti leitete. Es mußte sich allmählich die Idee gestalten, daß außer der mit der actio furti zu fordernden poena quadrupli auch noch ein weiteres Mittel sei, das Unrecht, welches sich ergab, zu vermitteln, ohne daß die Vermittlung den Grundsätzen einer wahren Gerechtigkeit widerstrebe — und dies ist der Entstehungsgrund der condictio furtiva.

War es indeß dem Manne von achtbarer und echter Gesinnung schon widerlich, von einem Fremden mehr zu haben, als dieser ihm an sich schuldig, mehr als er früher

selbst entbehrt, so mußte diese Gesinnung sich noch weit dringender geltend machen, da wo die gemeinsam interessirten Personen sich geistig näher standen, durch den innigen Verein verwandter Gemüther sich näher gebracht, — wie beim Verhältnisse des Gatten zum Gatten. Man kann einräumen, daß erst alsdann solche Ansicht emporsprossen mochte, nachdem die Gesinnung der Römer von den Schlacken rauher Habsucht, die sie früher und langdauernd umfangen gehalten, gereinigt worden war, wozu die griechischen Moralsysteme, besonders aber die Blitze des Christenthums, welche die Nacht ihrer Selbstlichkeit erhelleten, nicht wenig beigetragen haben mögen *). Allein nun machte sich denn auch der Gedanke geltend, daß der entwendende Gatte nicht mit der actio furti, sondern einer reinen reipersecutorischen Klage zu belangen sei, umsomehr dies, da die actio poenalis außer der Verurtheilung zu einem Quadruplum auch noch sonstige unangenehme Folgen hatte, die nicht zur eigentlichen Vergütung des Schadens gehörten. Diese Rücksichten einer veredelten Menschheit und jene Grundsätze einer wahren Gerechtigkeit sind es, worin der wahre Grund des Erscheinens einer actio rerum amotarum zu suchen ist; welche actio daher auch nichts anderes als eine reine rei vindicatio ist. Wäre sie für eine solche von den Römischen Juristen auch nicht gerade ausdrücklich anerkannt, so liegt es doch schon in ihrem Wesen, daß sie nichts anderes sein könne. Mochte nämlich es bei ihnen auch noch nicht zum klaren Bewußtsein gekommen sein, was sie und warum sie, die an hergebrachten Vorurtheilen hiengen und damit kämpften, vieles änder-

*) Damit ist der Geist der christlichen Lehre verstanden, der, wenn auch erst in dem göttlichen Christus zur vollständigen Blüthe gelangt, doch auch schon früher, namentlich in den Lehren der griechischen Philosophen, sich aufthat — wie dies keiner weitern Erörterung bedürfen kann.

ten, so machen sie obige unsere Ansicht doch überall nicht undeutlich geltend, und nennen demgemäß die condictio furtiva, wie die actio rerum amotarum eine: quae habet in se rei persecutionem.

Ulpianus Lib. 42. ad Sabinum
fr. 7. §. 2. D. de cond. furt. (13. 1.)

Condictio rei furtivae, *quia habet rei persecutionem*, heredem quoque furis obligat.

Paulus Lib. 37. ad Edictum
fr. 21. §. 5. D. de actione rer. amot. (25. 2.)

Haec actio (rerum amotarum) licet ex delicto nascitur, tamen *rei persecutionem continet.*

Ahneten die Römer das richtige Verhältniß und das wahre Wesen desselben auch mehr, als sie es aussprachen, so leiten sie doch manche Folgen aus der richtigen Idee ab, und so namentlich, daß die Klage gegen die Erben gehe und in einem Jahr nicht verjähre *).

Nun ist zwar nicht bestritten, daß die Römer oft neben der actio rerum amotarum die rei vindicatio benennen, und die letztere mitunter genau von der condictio furtiva so wie der actio rerum amotarum unterscheiden, allein dies ändert daran gar nichts, daß letztere doch immer nur eine rei vindicatio bleibt. Dieselbe ist von der rei vindicatio κατ' ἐξοχην allerdings dennoch verschieden, nämlich durch den Umfang, allein auch nicht weiter als durch diesen; keineswegs aber ist sie anders als jene in ihren Wirkungen, also nicht anders in ihrem Wesen. Nämlich dort, wohin sie gerichtet werden kann, hat sie den Zweck und den Erfolg einer rei vindicatio; nur kann sie, und das ist der Unterschied, nicht überall dahin gerichtet werden, wo auch jene, d. h. nicht contra quemcunque; sondern sie haftet an der Person

*) fr. 2. fr. 7. §. 2. D. de cond. furt. (13. 1.) fr. 8. 10. 14. §. 2. fr. 21. §. att. D. de actione rer. amot. (25. 2.)

des Entwenders, oder den Personen Jener, die mit ihm für eins angesehen werden, d. i. seiner Erben. Sie ist also eine auf gewisse Personen eingeschränkte vindicatio, eine vindicatio von eingeschränkterem Umfange, und somit immer nichts als eine gerade, eine solche; sie ist dies in demselben Verhältnisse, wie die actio emti z. B. eine condictio ist, und sie verhält sich zu ihrer umfassenden Schwester, wie die actio emti zur condictio generalis. Ebendarum hat sie auch nur die Aehnlichkeit mit einer actio in personam, daß sie nur gegen gewisse Personen gerichtet werden mag, und so ist es leicht erklärt, warum sie condictio und rei persecutio zugleich ist — nämlich dies in der That, jenes dem Namen nach. In ihren endlichen Wirkungen war sie keineswegs von der rei vindicatio verschieden, die gleichfalls zum Ziel hatte: ut res cum omni causa restituatur. So wie demnach die Gleichheit der actio rerum amotarum mit einer actio personalis nur in dem Namen bestand, so auch bestand der Unterschied zwischen jener und einer rei vindicatio gleichfalls nur im Namen. Es dürfte daher auch nichts Besonderes und mit unserer Ansicht nicht Verträgliches bleiben, wenn mehrmal in den Quellen gesagt wird, es sei außer der actio rerum amotarum auch noch eine rei vindicatio zuständig, denn die letztere war ja dem Namen und ihrer Individualität nach immer noch eine andere. Nicht mehr scheint dies von Bedeutung zu sein, als daß auch mehrere andere Klagen mitunter bei einem Verhältnisse concurriren; ja gerade in dieser Concurrenz liegt eben die Verwandtschaft und Gleichheit.

Wenden wir uns nun wieder zu Gans zurück, so erscheinen uns die von ihm angeführten Stellen in einem ganz andern Lichte, und die Erklärung derselben dürfte vielmehr nun leicht zu geben sein. Gans citirt fr. 17. §. 2. und fr. 24. Dht. Gründet sich nun, wie wir glauben, die actio rerum amotarum darauf, daß dabei den Forderungen der

Gerechtigkeit bloß insofern genügt werden soll, als dies zur Indemnität des Beeinträchtigten gehört, so ist damit umgekehrt auch von selbst gegeben, daß Alles zu prästiren ist, was zu diesem Ende erfordert wird. So mußte man natürlich darauf kommen, daß die verbrauchte, also in natura nicht mehr zu restituirende Sache durch eine andere, und zwar durch eine allgemeingiltige — durch Geld — ersetzt werde, es mußte also in solchen Fällen, wo anders der Anspruch nicht zu verwirklichen war, die aestimatio geleistet werden. Indem Ulpian dies in fr. 17. c. ausspricht, will er durch seinen Nachsatz: **simili modo etiam certi condici eas posse ait**, nun bemerklich machen, daß es möglich sein könne, bei der res amota auch ein certum anzusprechen, wie dies denn ganz natürlich ist, sobald ein certum entwendet worden. Jedoch muß man bei Auslegung dieser Stelle dieselben so interpungirt lassen, wie sie in den beßten Ausgaben des corpus juris steht, und nicht so, wie Gans dieselbe verändert hat — und es wird gelingen, die Sache ganz einfach zu finden. Nach der von Gans umgeänderten Interpunction bezieht sich obiger Rechtssatz: **Simili modo etiam certi condici eas posse ait**, als Folgesatz, als Resultat, auf das Vorhergehende. Allein anderswo steht derselbe von dem Vorherigen ganz unabhängig, als ein für sich gesonderter Ausspruch, und nur dies dürfte richtig sein können *). — So möchte also

---

*) In Rücksicht der **in subsidium** zu fordernden **aestimatio** wird unsere Ansicht wieder bestätigt dadurch, daß bei der **actio rerum amotarum** und der **condictio furtiva**, da sie vollständige Vergütung des Unrechts zum Ziel haben, jene **aestimatio** nothwendig nach der Zeit der Entwendung gegriffen werden muß, während sie bei allen andern **condictiones** nur auf die Bereicherung des Empfängers geht. **fr. 28. D. de act. rer. am. (252.)**. Auch selbst bei der Reivindication blieb ja am Ende nichts übrig als das Surrogat der Sache, d. i. die **aestimatio** zu fordern, sobald die **reddi-tio in natura** unmöglich war. **fr. 23. §. 5. D. de R. V. (6. 1.): Idem in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum**

jene Stelle ihre genügende und vernünftige Erklärung finden, ohne daß man dazu so künstlicher Gerüste bedürfte, als Gans aufbaut, und auch ohne seines Emblemes zu bedürfen: es könne condicirt werden uti in condictione furtiva.

Bei fr. 24. cit. dürften wir Gans nun wohl zugeben, daß die dort genannte condictio nichts anderes sei, als die actio rerum amotarum, weil mit einer solchen Voraussetzung unsere Ansicht der Sache überall verträglich bleiben würde. Allein es scheint in der That nicht anders, als ob die dort gemeinte condictio allgemeinerer Natur sei und das Gezwungene in der Gansischen Erklärung läßt sich nicht gut abwehren. Es bleibt, so scheint es, demnach nichts übrig, als mehr der Glosse beizupflichten und wirklich den Ausspruch Ulpians dahin zu deuten: „der Mann hat nicht nur eine „reipersecutorische, sondern auch eine persönliche Klage." Denn nicht nur die actio rerum amotarum, dem Namen nach ebenfalls eine condictio, sondern möglicherweise auch eine andere condictio von generellerer Natur, die dann je nach den Umständen certi und incerti sein könnte, steht ihm zu *). Die Römer lassen hier die generellen Condictionen mit den speciellen Contractsklagen concurriren, wie sie dies auch anderwärts thun, z. B. beim Depositum u. s. w. **)

---

neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. fr. 52. ib. Cum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit; haeredes ejus in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt, sed *in factum actio* adversus eos reddi debebit, per quam restituere cogantur, *quanto locupletes ex ea re facti fuerunt.*

*) Cf. Gajus IV, 8.

**) Man dürfte es einen Cardinalfehler unserer heutigen Zeit nennen — der denn hier auch Gans einigermaßen beschlichen zu haben scheint, wenn er die Ansicht der Glossatoren für ihrer durchaus unwerth halten möchte — daß dieselbe den ernstlichen und gewiß nicht erfolglosen Bemühungen der Rechtslehrer älterer Zeiten gar

So wie nun Gans S. 47. das Resultat seiner Ausführungen aufzählt, so sei es uns verstattet, dasjenige ihm kurz gegenüber zu stellen, was, unseres Dafürhaltens, gegen ihn ausgeführt ist. Wir meinen nämlich dargethan zu haben, theils direct, theils indirect: daß nicht alle actiones stricti juris auf ein *dare*, vielmehr auch auf facere, praestare — daß auch keineswegs alle auf ein *certum* gehen; — daß darum also schon actio stricti juris und condictio keineswegs für eins zu halten seien; — daß es nicht an dem sei: es gebe nur eine condictio; — daß die con-

---

keine Gerechtigkeit will widerfahren lassen, dieselben vielmehr als fast unsinniges Treiben mit einer gewissen vornehmen Verächtlichkeit von sich weisen möchte. Wenn man eines bloß mitleidigen Lächelns mitunter sich nicht zu erwehren vermag, indem man manchen der heutigen Theoretiker von seinem erhabenen, aus dunkel und mystisch genug klingenden, doch aber nichts sagenden Phrasen, so wie aus dem, was er Historisches zu wissen vermeint, aufgebauten Cothurn mit vornehmer Miene herabblicken sieht, auf die häufig doch ganz verständigen und vernünftigen Ansichten seiner Vorgänger oder aber Zeitgenossen — denen es nur nicht gelingen konnte, ihre Schöpfungen in das Zwielicht des Räthselhaften zu postiren — gerade wie auf gänzlich unbrauchbares Kehricht, so kann man sich andererseits doch keineswegs eines dadurch empörten Gefühles gänzlich entschlagen, daß solche hoffärtige Anmaßung, sammt ihrem papiernen Thron, nicht sofort umgestürzt wird. Denn was vermag auch das Gemengsel solcher Ansicht für Nutzen zu schaffen? Nicht für Wissenschaft, die nur halb verstanden und nicht für Praxis, die gar nicht begriffen wird.

Sollten nicht jene Lehrer des römischen Rechtes, die den Römern selbst und somit unsern Quellen näher standen, mitunter eine gesundere, wenn auch nicht überall zum klaren Gedanken gekommene Ansicht gehabt haben, als wir zu erringen vermögen, die wir ganze Jahrhunderte von den Römern weiter gerückt sind? — Fühlten nicht die ersten Menschengeschlechter ihr Verhältniß zur Natur und verstanden somit diese selbst besser, als selbst unsere klarsten Denker, ungeachtet unseres Vorrathes von historischen und naturwissenschaftlichen Kenntnissen, dieselbe noch zur Zeit zu begreifen vermögen? Man vergl. J. J. Wagner: Religion, Wissenschaft, Kunst und Staat. 1819. S. 18. flg.

dictio ex mutuo nicht darum Statt finde, weil der Verklagte ohne Grund besitze; — daß jene Sonderbarkeit: die ex jure gentium et ex bona fide entsprungenen condictiones seien in ihren Folgen dennoch stricti juris, nicht existiren dürfte; — daß das Verhältniß der actio rerum amotarum sich nicht so darstellen möchte, wie Gans es angedeutet hat u. s. w.

In seinem §. 4. kömmt Gans S. 48. flg. darauf, von der condictio triticaria ex professo zu handeln. Wir können seinen Argumentationen die Huldigung keineswegs darbringen und beziehen uns dieserwegen im Allgemeinen auf dasjenige, was oben darüber vorgebracht worden ist. Darnach nämlich dürfte es, so scheint uns, doch nicht wohl geleugnet werden können, daß die Aussprüche unserer Gesetze, wenn man ganz einfach bei deren Inhalt stehen bleiben will, nur das Folgende ergeben: die condictio triticaria ist eine allgemeine Klage auf die Realisation derjenigen Zusagen und überhaupt solcher Forderungen aus Obligationsverhältnissen, welche nicht in pecunia numerata certa bestehen. Specifisch ist sie von der condictio certi anders nicht geschieden, als dadurch, daß sie auch, was bei dieser nicht Statt hat, auf ein incertum geht; nicht aber wie doch jene auf pecunia numerata certa. Gemeinschaftlich hat sie das mit ihr, daß sie auf solche certa geht, die nicht pecunia numerata sind, was auch bei jener der Fall ist. Gleich ist sie ferner mit ihr darin, daß beide aus Obligationsverhältnissen entspringen. Beide zusammen, als Species einer Gattung und in ihrer Uebereinstimmung mit sich, unterscheiden sich wieder von andern Species derselben Gattung, nämlich den übrigen, vorzugsweise so genannten condictiones, dadurch, daß letztere, obgleich aus Obligations-, doch nicht aus Contracts-Verhältnissen resultiren, sondern sich mehr in der allgemeinen Billigkeit gründen.

Versuchen wir es nun, von diesem Grunde aus nachzusehen, was Gans über die condictio triticaria vorbringt und wie er dies zu begründen weiß. Dies soll und kann freilich keineswegs eine bis ins Detail gehende und gänzlich erschöpfende Prüfung sein, denn es wird auch bei allgemeinen Andeutungen leicht zu erkennen bleiben, was in der Darstellung von Gans und was in der unsrigen einander Gleiches und hier oder dort Falsches sein möge — worüber ein Urtheil nur Andern zusteht. Vielmehr wird demnach die Erörterung auf die hauptsächlichsten und exorbitantesten, mithin nur auf einzele Behauptungen sich zu beschränken haben.

Daß nun, wie Gans S. 51. Note 6. und S. 54. von vornherein postulirt, bei den Römern alles, was nicht Geld gewesen, in dem triticum seinen allgemeinen Repräsentanten gefunden habe, ist allerdings eine exorbitante, aber doch wohl zu unwichtige Behauptung, um lange widerlegt werden zu müssen. Man mag die Sache nehmen, wie man will, so heißt jene Behauptung durchaus nichts anderes, als die Römer hätten im triticum, so gut wie im Metall, den Stoff zu ihrem Gelde gefunden, oder eigentlicher noch, nach S. 54., sie hätten im triticum ein zweites Geld gehabt *). Der Prototypus aller Sachen, d. h. das allgemeine Werthmaß, das ist ja eben der Begriff des Geldes. Indem daher Gans diese Qualität, nämlich Prototypus aller Sachen außer Geld zu sein, dem Waizen zuschreibt, declarirt er denselben eo ipso für römisches Geld, also für ein Geld außerhalb dem Gelde **). Weizen würde aber, wenn

*) Unsere Sprachforscher mögen nun das Einseitige und Irrige ihrer Meinung erkennen, wenn sie dem Hauptwort Geld bisher keinen Plural zugestehen wollten.

**) Wenn Weizen den Prototypus für alles außer dem Gelde ausmacht, so muß nothwendig letzteres nur für das Werthmaß dessen gehalten werden, wofür dies der Weizen nicht ist, also ledig-

er zu Geld werden sollte, hierzu in einem Staate, der etwas weiter vorgeschritten wäre als Eskimo's und Feuerländer, niemals taugen. Um ein brauchbares Geld zu werden, müßte das triticum vorerst aller Orten und zu allen Zeiten in vollkommen derselben Güte erzeugt werden, es hätte das Maß immer genau dasselbe sein müssen u. s. w. Nun ist aber ferner doch begreiflich, daß so wie Geld immer denselben Werth hatte, so auch decem aurei, als Summe gedacht, immer dieselbe Quantität, stäts 250 denarii u. s. w. ausmachten. Im Vergleich hiermit würden aber umgekehrt mille modii tritici, wenn man, so wie Gans, Metallgeld sich daneben denkt, bald 10, bald 8, bald 5 aurei werth sein können, je nach ihrer Qualität. Durch eine Bezeichnung nach modii tritici etc. oder nach andern Quantitäten dieses Getraides könnte also, selbst in Gans Sinne, niemals ein Substitut des Geldes, d. h. ein zweites Geld, niemals ein gemeinfaßliches Qualitätsmaß gegeben sein. Ja eine solche Bezeichnung nach modii wird ausdrücklich in unsern Gesetzen für ein incertum erklärt, und erst alsdann, wenn es heißt: tritici *optimi* kann der Gegenstand ein certum sein; aber selbst dies triticum optimum kann als allgemeines Werthmaß nicht eintreten, denn dies optimum ist sehr relativ und in jedem Jahre nach einer jeden Erndte anders *).

---

lich für sich selbst. Das Geld würde demnach nur für sich selbst, nur für's Geld da sein. Wer will das wohl reimen?

*) Cf. oben fr. 74. 75. D. de V. O. (45. 1.). So wie Gans sich S. 53. erklärt, lautet jene Annahme in Rücksicht des Weizens nicht anders, als wenn man behaupten wollte, in Cölln am Rhein werde, so wie nach Gelde, so auch nach Schöppchen, in Berlin nach Stangen Bier gerechnet ꝛc.

Auch in Rücksicht des Namens dieser **condictio triticaria** scheint die alte, von Gans zum Theil anerkannte Meinung bei weitem den Vorzug zu verdienen, wonach dieser Name von den Anfangsworten des Edictes: **Triticum, oleum, vinum etc.** herrührt.

Wenn nun Gans S. 56. 76. wie mit einem Sprunge zu dem Resultat gelangt ist: weil pecunia nicht bloß Geld, sondern auch alle andere Vermögensgegenstände betreffe, so sei die aestimatio eigentlich überall nichts weiter als eine pecunia certa, denn eigentlich sei nur das pretium rei, nicht die res selbst das Geforderte, — so müssen wir bekennen, ihm hierin bis auf diesen Punkt nicht so schnell folgen zu können. Sehen wir auch davon ab, daß dies Resultat keine Folge der vorhergehenden Deductionen ist, daß es vielmehr ganz isolirt da steht; sehen wir weiter auch davon ab, daß danach es keinen Affectionswerth geben kann, weil ja niemals die Sache, sondern immer nur deren Geldtaxe in Betracht kommen darf; daß somit der Satz gar nicht in unser Rechtssystem sich einpassen läßt — so liegt namentlich eine Verwechselung zwischen pecunia *numerata* certa und pecunia certa vor, welche Gans für gleichbedeutend gebraucht, und somit sich der Sünde eines quid pro quo schuldig gemacht hat; und es scheint diese Verwechselung den Irrthum bei ihm erregt zu haben.

In Rücksicht der S. 71. flg. beleuchteten condictio de eo quod certo loco dari oportet, will es uns wieder nicht gelingen, die Ansicht von Gans zu der unsrigen zu machen. Wenn nämlich dasjenige, was an irgend einem bestimmten Orte zu leisten versprochen worden war, nun an einem andern gefordert ward, gefordert werden mußte, sobald nicht die ganze conventio vereitelt erscheinen sollte, dann gab der Prätor zu diesem Ende eine eigene Klage, weil mit der ordentlichen actio, wenn diese stricti juris, das Interesse loci

---

Noch neuerlich aber behauptete Hefftter l. c. S. 71., daß derselbe von dem einführenden Prätor herzuleiten sei und eigentlich Triticiana sein sollte.

nicht geltend zu machen war. Natürlich mußte hier das Interesse wegen der Ortsverschiedenheit besonders in Betracht kommen, und, wenn in dem Act der Gerechtigkeit nicht zugleich dessen Gegentheil enthalten sein sollte, so mußte die Bestimmung des id quod interest dem arbitrio judicis überlassen bleiben. Da diese Klage sich in nichts von den sonstigen condictiones unterscheidet als darin, daß sie zugleich jenes Interesse der Ortsverschiedenheit in sich begreift, so ist sie insofern nichts als eine Erweiterung derselben in diesem Punkte — gleichso wie auch die condictio triticaria eine Erweiterung der condictiones certi et incerti, nur nach einer andern Seite hin, war. Warum man nun diese also in Rücksicht der interesse loci erweiterte actio nicht, gleichwie auch die triticaria, eine condictio solle heißen können, ist nicht abzusehen, da sie doch immer eine persönliche Klage aus Obligationsverhältnissen, also eine *condictio*, wie sie vorher war, blieb.

Auf der andern Seite ist es freilich wieder ebenso einseitig zu nennen, wenn diese Klage bloß auf ein *dare* bezogen wird, lediglich die Folge einer obligatio dandi sein können soll, da sie gleichwohl auf ein facere oder aber ein anderes praestare gehen konnte. Wäre dies in den Pandecten auch nicht ausgedrückt, so versteht es sich doch zu sehr von selbst, als daß dafür ein weiterer Beweis nöthig sein könnte, denn bei einem facere certo loco giebt es gleichwohl ein Interesse sowohl für Gläubiger als für Schuldner, daß dessen Leistung am Orte des Versprechens oder einem andern geschehe. Doch aber findet sich bestimmt ausgesprochen, daß das facere gleichfalls Gegenstand dieser Klage sein könne.

Paulus Lib. 28. ad Ed.
fr. 7. §. 5. D. ht. (12. 4.)

Si tamen certo loco *traditurum* se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit.

S. 81. 82. erklärt Gans es für ausgemacht, daß die ältern römischen Juristen bei einer stipulatio irgend eines facti u. s. w. die Hinzufügung einer poena für den Fall der Nichterfüllung als von der obligatio unzertrennlich sich gedacht hätten, indem er von dieser Behauptung aus zu der andern aufsteigt: darum gebe es gar keine stipulatio incerti, weil in der Pöna nun jedesmal das certum gefunden werde und „diese poena, obgleich das factum Gegenstand der obli„gatio sei, einzig und allein gefordert werden dürfe." Bei dieser Art von schnellen Schritten im Argumentiren, die anderwärts Sprünge genannt sind, können wir Gans wieder nicht folgen. Abgesehen selbst davon, daß obligatio und actio nach Gans eigener Lehre S. 6. eins und dasselbe sind, indem danach letztere erst in der ersteren ihre practische Bedeutung finden kann, mithin es doch wohl ein greller Widerspruch mit jener Behauptung ist, wenn nun hier die aus dem negotio stricti juris resultirende obligatio auf ein factum, die daraus resultirende actio dagegen nur auf eine poena, also ein Geldquantum gerichtet sein soll — so daß also die actio auf ganz etwas Anderes geht als die obligatio, von denen doch die eine nur aus der andern folgt — abgesehen hiervon, so ergiebt sich auch aus den von Gans allegirten Stellen durchaus nichts für eine solche, fast sonderbar klingende Annahme. Nichts ist freilich natürlicher, als daß eine Gesetzgebung, die nicht mit den Bürgern, ja mit sich selbst Gespötte treiben will, für den Fall, daß die ursprüngliche Forderung, der eigentliche Gegenstand der obligatio, in seiner vorausgesetzten Integrität nicht prästirt werden kann oder mag, ein Aequivalent eintreten lassen müsse, welches dann ebenso natürlich nur in Geld bestehen kann.

Wo — das ist die consequente Folge hiervon — und so oft also die eigentliche obligatio nicht zur Erfüllung kömmt, da muß die aestimatio substituirt werden *).

Wo nun ein solcher Fall eintritt, da ist es klar, daß der Kläger diese surrogirende aestimatio in ihrer Größe beweisen muß. Lediglich um der Schwierigkeit solchen Beweises zu entgehen, fügte man aus leicht zu erklärender Vorsicht nun wohl eine stipulatio poenae von vornherein hinzu, und forderte dann für den Fall der Nichterfüllung der Hauptobligatio jene poena.

§. 7. J. de V. O. (3. 16.)

Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulamur aliquid fieri vel non fieri Et in his stipulationibus *optimum erit*, poenam subjicere, *ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit, actori probare, quid ejus intersit.* Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipulatur, ita adjici poena debet, si ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondet.

Derselbe Venulejus, welcher nach Gans behaupten soll, daß die Anfügung der Strafe nothwendig sei, sagt anderwärts bloß, daß es bequemer und zweckmäßiger erscheine, wenn man jedesmal sich eine fixe Summe versprechen lasse.

Venulejus Lib. 8. Actionum

fr. 11. D. de stipulat. praet. (46. 5.)

In ejusmodi stipulationibus, quae quanti res est, promissionem habent, *commodius* est, certam summam comprehendere, *quoniam plerumque difficilis probatio est* (das ist der Grund) quanti cujusque intersit, et ad exiguam summam deducitur **).

---

*) fr. 1. pr. fr. 11. §. 9. D. de actt. E. V. (19. 1,) Const. 4. C. ib. (4. 49.)

**) fr. 13. D. de re jud. (42. 1.).

Was es nun zu bedeuten habe, daß Venulejus in dem von Gans citirten fr. 137. sagt: „usitatius et elegantius esse poenam subjici“ und daß dies namentlich nicht heiße: das Strafquantum sei von der stipulatio selbst unzertrennlich; — daß Paulus in fr. 68. cit. die stipulatio poenae eine utilis nennt, dies erklärt sich nun von selbst, weil es durch sich selbst klar ist: die stipulatio einer Conventionalstrafe sei ebenso vernünftig als nützlich. Anders aber ist auch im ganzen Corpus Juris nichts hierüber behauptet. Wohl aber ist es ausdrücklich anerkannt, daß der Schuldner vorzugsweise das versprochene factum und erst subsidiär die aestimatio rei zu prästiren haben soll, was dann der Ganſischen Darstellung direct widerspricht *). Auch ist es sehr begreiflich, daß jedesmal alsdann, wenn die Klage auf Präſtation des versprochenen Facti reif und angestellt worden ist, der Termin für die Präſtation selbst verlaufen sein muß, denn früher giebt es ja keinen Grund zur Klage. Ein verspätetes Factum wird aber in den meisten Fällen dem Berechtigten nicht genügen, weil in der Regel die Zeitigkeit der Leistung zur Hauptsache gehört. Nicht nur wird also der Ersatz des Factums dienlicher scheinen als es selbst, sondern ferner wird es stäts mißlich bleiben, jemanden zu einer Handlung zu nöthigen, deren Werth mitunter in der Freiwilligkeit der Leistung beruht. Schon dieserhalb mußte die Gesetzgebung dem Berechtigten die Wahl lassen, ob er die Handlung selbst oder das Interesse fordern wolle; er aber wird in der Regel das Interesse vorziehen.

Celsus Lib. 6. Digestorum.

fr. 13. §. 1. D. de re jud. (42. 1.)

Si quis promiserit, prohibere se, ut aliquod damnum

---

*) fr. 11. in f. D. de Legat. III. (32.) fr. 11. §. 2. fr. 46. fr. 6. §. 1. 2. D. de actt. emti vend. (19. 1.) §. 2. J. de donatt. (2. 7.)

stipulator patiatur, et faciat: neque ex ea re damnum stipulator patiatur et faciat, ita habeatur facit, quod promisit, si minus, quia non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus *).

Unmöglich können wir hier die Bemerkung unterdrücken, daß der S. 82. 83. dem fr. 94. D. de V. O. und fr. 115. pr. ib. von Gans unterlegte Sinn wieder zu denjenigen Citirmethoden gehört, die der Teufel mit der Bibel anstellen mag. Es soll nämlich aus diesen Stellen hervorgehen, daß die stipulationes incerti bei den älteren Juristen für inutiles, d. h. ungiltige, angesehen worden seien. Nichts aber kann weniger wahr sein. In der unteren Stelle erklärt Marcellus es für nihil stipulirt, wenn stipulirt worden: „triticum dare“. Daraus folgert Gans, dies sei als *stipulatio incerti* inutilis. Allein eine solche Stipulatio, eine Stipulatio in dieser Form ist nicht bloß stipulatio incerti, nein, diese ist baarer Unsinn. Man frage doch Jeden, was er damit gemeint hat, wenn er sich versprechen ließ: „man solle ihm Weizen geben“, ohne irgend ein Maß noch irgend eine Qualität hinzuzufügen. Da ist denn nun auch der römische Marcellus verständig genug, um zu glauben, daß solche stipulatio nichts bedeute. Zugleich sagt er aber ja auch verständlich genug, daß wenn von dem stipulator certum *genus* und certa *quantitas* zugefügt werde, so sei die stipulatio wirksam — aber auch dann könnte die Sache ja doch noch immer ein incertum, mithin die stipulatio noch eine incerta sein, z. B. wenn sie so lautete: mille modius tritici boni. Marcellus sagt demnach kein Wort von dem, was Gans ihm in den Mund legt.

---

*) Man vergleiche die in voriger Note allegirten Gesetze.

In der zweiten Stelle wird die stipulatio: „te sisti in „certo loco, si non steteris quinquaginta aureos dare spondet“ für eine imperfecta von Papinian erklärt. Nichts ist natürlicher und einfacher. Es war ja Tag und Stunde, überhaupt die Zeit des Eintreffens nicht bestimmt! (Wo und) wann soll nun dieses Einfinden Statt haben? Wäre die Zeit des Erscheinens — vielleicht fehlte sogar die Bezeichnung des Ortes, das bleibt wenigstens zweifelhaft — genau angegeben gewesen, so war die stipulatio eine perfecta; allein auch alsdann wäre sie dennoch eine incerta geblieben, denn ihr Gegenstand war ein facere. Gleich einfach und begreiflich ist es, wenn Papinian in seinen Beispielen anführt, die stipulatio „fundum dari“ sei eine ähnliche stipulatio imperfecta. Denn um Gottes willen, welcher fundus, wo gelegen, wie groß u. s. w. soll denn hier gegeben werden?

Indem nun Ulpian fr. 75. §. 1. ib. diejenige stipulatio eine incerta nennt, worin nur fundus, homo, vinum, frumentum zugesagt worden, so ergiebt sich doch aus §. 2. derselben Stelle zur vollen Genüge, daß damit das Maß, die Größe nicht ausgeschlossen sein soll; und weil anders die stipulatio nicht bloß eine incerta bleibt, sondern wirklich eine unsinnige erscheint.

In fr. 106. cit. aber ist die stipulatio nur darum eine incerta genannt, weil sie nichts als ein Alternatives betrifft, wobei der promissor, wie Javolenus hinzufügt, die Wahl hat, welchen der beiden alternativ versprochenen fundus er geben will *).

Daß endlich Labeo in fr. 8. §. 2. D. rem ratam haberi (46. 8.) den sehr vernünftigen Ausspruch thut: wenn man sich wegen zweifelhafter Ansprüche auf die Freiheit vom

*) fr. 75. §. 8. ib. (45. 1.)

procurator Caution leisten lasse, so müsse man sich eine fixe Summe bestimmen, dies gründet sich nicht etwa darauf, daß die libertas ein incertum sei, sondern darauf, daß diese libertas gar nicht taxirt werden kann, quia libertatis aestimatio in *infinitum* extenderetur.

Inwiefern nun die S. 84. von Gans vorgetragenen Argumentationen, die er auf jene seine Voraussetzungen gründet, welche wir hier theilweise angefochten, neben unsern Ausführungen ihre Richtigkeit vindiciren oder nicht, dies mag und kann nur von competenten Schiedsmännern ermittelt werden, indem ein Urtheil hier zu unserm Zwecke nicht gehören kann.

Indeß will es uns bedünken, als ob S. 87. wieder einige Sprünge im Schließen sich ergeben hätten, was wir nicht unbeleuchtet lassen können. Indem dort gesagt wird: weil aestimatio nur das genaue Aequivalent für ein anderes *certum* wäre, so sei die condictio triticaria, welche eine solche aestimatio einfordere, eigentlich auch und nur auf ein certum gerichtet — so scheint dabei wieder vergessen, oder übersprungen, daß die aestimatio doch ebenwohl auch ein anfängliches incertum betroffen haben, daß ferner ein incertum auch ohne aestimatio, d. h. in natura gefordert werden mochte und konnte u. s. w. In Betracht dessen wird nun aber das Gansische Raisonnement aus einem andern Gesichtspunkte erscheinen.

Nachdem nun Gans im Fortgange seiner Erörterungen und Deductionen bis auf die Charakteristik der von ihm s. g. negotia bonae fidei gekommen ist *), stellt er S. 100 die

*) Schon oben ist bemerklich gemacht, daß man wohl nur *actio* bonae fidei und stricti juris, nicht *negotium* sagen sollte. Denn die Folge eines s. g. negotii bonae fidei kann sehr wohl eine

Behauptung auf: es seien von den Römern nun diese negotia bonae fidei vorzugsweise contractus genannt worden, während stipulatio, expensilatio, mutuum keine eigentlichen contractus gewesen seien. Da Gans aus dieser Voraussetzung fernere Argumentationen zieht und Manches später ableitet, was der oben erörterten unserer Grundansicht entgegentritt, so ist es nöthig, daß wir die Annahme näher beleuchten. Zu diesem Ende mag die bei Gans zum Beweise gebrauchte, aber wieder nur stückweise abgedruckte Stelle hier ganz stehen.

Ulpianus Lib. 11. ad Edictum
fr. 19. D. de V. S. (50. 16.)

Labeo libro primo Praetoris Urbani definit, quod quaedam *agantur*, quaedam *gerantur*, quaedam *contrahantur*. Et *actum* quidem *generale* verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut in stipulatione, vel numeratione. *Contractum* autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem. *Gestum* rem significare, sive verbis factum.

In dieser Stelle sieht nun Gans das actum für eine als den Stipulationen und dem Mutuum eigenthümliche ausgegebene Bezeichnung an, und setzt demgemäß das actum dem, nach seiner Ansicht, bei bonae fidei negotiis gebräuchlichen contractus entgegen. Allein einen solchen Sinn hat das Gesagte gar nicht. Die Worte actum, gestum, contractum sind keineswegs, wie sie nach Gans Interpretation nothwendig sein müßten, Substantiva, sondern es sind die Participia Passivi der Zeitwörter agere, gerere, contrahere. Daß sie dies sind, liegt schon in den Eingangsworten: quaedam agantur etc. Nach diesen Eingangsworten fährt der Jurist fort: est au-

---

actio stricti juris sein, und es giebt somit Gelegenheit zu Mißverständnissen.

tem actum (i. e. quae acta sunt) etc., und da ist actum allgemein für ein jedes juristische Geschäft, insofern es sich ergiebt, gebraucht *). Da kann nun allerdings gesagt werden: actum *generale* verbum est, sive verbis, sive re quid agatur, denn alles, was in der juristischen Welt geschieht, das wird vollbracht entweder re oder verbis. Beispiele eines solchen agere sind stipulatio — als Handlung des Stipulator gedacht, ohne die des Promissor, und so auch umgekehrt die des letztern ohne jene — ferner numeratio — nicht aber bloß beim mutuo dies, sondern auch eine jede andere — insofern dieselben ein Handeln in sich fassen. Daß aber diese numeratio, diese stipulatio allein und ausschließlich ein agere enthalten, daß agere auf sie sich beschränke, dies konnte nicht gesagt werden, und ist auch keineswegs gesagt, denn es heißt bloß beispielsweise: *ut* in stipulatione etc. Contractum esse sagt man von der obligatio, sobald sie existent geworden ist. Contrahere heißt: eine obligatio civilis constituiren, gleichviel auf welche Weise und in welcher Form dies geschieht. Negotium contractum, res contractae, auch einfach contrahere sind die Ausdrücke der Juristen, wenn davon geredet wird, ob eine obligatio civilis entstanden sei, entstehen solle. Diese Bedeutung des Zeitwortes contrahere ist schon oben §. 13. nachgewiesen worden. Daß nun dieselbe aber auch z. B. von pecuniae numeratae gilt, insofern dabei von einer zu contrahirenden obligatio wie beim Darlehen geredet wird, dies sagen unter andern fr. 9. 27. 29. D. de reb. cred. (12. 1.); und daß dasselbe beim stipulator et promissor ebenfalls eintritt, insofern man an den

*) Actum als Hauptwort hat eine ganz andere Bedeutung. Man vergleiche z. B. fr. 16. D. de operis novi nunt. (39. 1.) fr. 41. §. 13. D. de fideicomm. libert. (40. 5.) fr. 1. §. 7. D. si is qui test. liber esse jussus (47. 4.). fr. 5. §. 3. D. de jure immunit. (50. 6.)

Verein, an den gemeinschaftlichen Erfolg des beiderseitigen agere denkt (nicht wie oben Labeo that, an die Handlung des einen), dies enthält fr. 83. p. D. de V. O. (45. 1.): Inter stipulantem et promittentem negotium *contrahitur* etc. d. h. eine obligatio constituirt. — Ist nun gewiß — und wir glauben es für erwiesen erachten zu dürfen — daß *contraho* solche juristische Bedeutung hatte, so ist damit schon der strengste Beweis geliefert, daß auch jenes Particip contractus keine andere juristische Bedeutung haben kann. Darum ergiebt sich weiter, daß das hieraus abgeleitete und, wie oben gezeigt, später recipirte Substantiv contractus ebenfalls nur denselben Sinn wird haben können. Letzteres ist daher auf alle jene negotia zu beziehen, quae contrahuntur i. e. auf alle res contractae, auf alle negotia contracta *). Dies findet sich denn auch in unsern Quellen hinlänglich bestätigt, wie folgende Beispiele zeigen. So heißt es von allen, mit bekannten Namen versehenen Verträgen: certi contractus in fr. 9. D. de R. C. (12. 1.); so ebendaselbst vom Mutuum: *contractus* re factus i. e. numeratione (aus der conventio ward durch die numeratio contractus *factus*); so wird daselbst von der verborum obligatio gesagt: contractus verbis factus. Nicht weniger wird in fr. 31. D. de O. et A. (44. 7.) die stipulatio unter die contractus gerechnet. Auch wird in demselben Sinne, wie in den von Gans citirten Stellen von venditio, locatio als von contractus geredet wird, so auch in andern von mutuum und stipulatio.

Pomponius Lib. 4. ad Quintum Mucium.
fr. 70. D. de solutt. (46. 3.)

Prout quidque contractum est, ita et solvi debet. Ut cum *re contraxerimus*, re solvi debet; veluti cum mutuum dedimus. — — — Et cum *verbis* aliquid

*) Cf. pr. J. de obl. quae re contr. (3. 15.)

contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat. — — — Aeque cum emtio, vel venditio, vel locatio contracta est.

Contractus heißen also nicht bloß und auch nicht vorzugsweise die s. g. bonae fidei negotia, sondern von allen Geschäften, die eine klagbare obligatio erzeugen, gilt diese Bezeichnung, auch wenn sie strieti juris actiones producieren. Darum nennt auch Gajus — was sonst wohl nicht möglich wäre — alle Verträge contractus *); und aus demselben Grunde handelt Paulus im Titel de contractibus von Stipulationen, so wie er in dem de rebus condictis das Darlehen contractus nennt **). So sagen ferner:

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Cotui.
C. 7. C. de his quae vi (2. 20.)
Si donationis, vel transactionis, vel stipulationis, vel cujuscunque alterius contractus etc.

Es dürfte also die Ganssische Annahme auf schwachen Stützen beruhen; oder sollten etwa Gajus, Paulus, jene Kaiser, nicht soviel von dem Römerrecht verstanden haben als wir? Sollten diese so bedeutende Unterschiede gänzlich übersehen haben!

Wenden wir uns nun nochmals zu obiger Stelle zurück, so heißt dieselbe wohl ungefähr so viel: agere ist die allgemeine Bezeichnung für jedes rechtliche Geschäft, es bestehe solches in mündlichen Unterhandlungen, oder einer einseitigen Handlung, einer Leistung, z. B. stipulatio, numeratio. Contrahere heißt gegenseitig eine obligatio constituiren, wie es bei der venditio geschieht ***). Gerere ist ein-

*) Gaji Comment. III, 88. 89.

**) Pauli Sent. Rec. II, 1. §. 4. II, 3.

***) Das griechische *συνάλλαγμα* heißt ja nichts anderes, als eine conventio, und dabei ist die Handlung gegenseitig **ultro citroque**.

seitiges Handeln als solches ohne Abrede *). Somit ist die Leistung des Erben bei der numeratio ein gerere, die des venditor und emtor bei der solutio ein agere; nämlich die numeratio pretii und traditio rei. Die stipulatio begründet einen contractus, der aus dem beiderseitigen agere des stipulator et promissor, dasselbe zusammengedacht, erzeugt wird. Die stipulatio ist nur ein agere, insofern man an die Handlung der Paciscenten denkt; die Folge dieses agere ist ein contractus. Die Folge des letztern ist, z. B. in der numeratio, wieder ein agere oder aber auch gerere.

Wir dürfen also nun die Behauptung hier niederlegen, daß Ulpian und Labeo in obiger Stelle gewiß nicht haben sagen wollen: bei der stipulatio und bei dem mutuo werde nicht contrahirt, d. h. kein *contractus* geschlossen; oder etwa: es gebe Geschäfte, die actus, contractus, gestus seien, so wie es contractus und pacta gibt — und doch ist nicht zu verkennen, daß dies Alles aus der Gansischen Interpretation schnurstracks folgen müßte.

Für den Zweck der vorliegenden Arbeit dürfte es nun auch wesentlich sein, daß die S. 103. von Gans vorgetragene Ansicht einer Beleuchtung ausgesetzt werde. Dort behauptet er nachzuweisen: daß die Eintheilung der Verträge in solche, qui re aut consensu contrahuntur, sei eine vollkommen verunglückte. Dem möchte nun aber doch wohl nicht gerade so sein. Sehen wir, wie ja Gans in seinem Werke ebenfalls überall hervorzuheben sich bestrebt, auf die Wirkung der Verträge, welche Wirkung denn zunächst in der obligatio sich darstellt, d. h. darin, daß sie eine solche, eine obligatio civilis, hervorruft, so wissen wir damit, was die obligatio ist, was ihren Inhalt ausmacht, wir wissen, was

---

*) fr. 7. pr. D. de minorib. (4. 4.)

es heißen soll: daß eine obligatio vorhanden ist. Hierbei scheint nun aber doch nichts natürlicher, als daß sich unmittelbar zugleich die Frage ergiebt, von wo aus hat sie diesen Inhalt, seit wann und wodurch wird eine solche obligatio erzeugt. Die Antwort wird dann sein müssen: dort wird sie producirt re, dort verbis, dort litteris, dort nudo consensu. Die Kunde darüber, wann eine obligatio existent geworden, können wir daher so wenig entbehren, als jene über deren Inhalt. Was nützt es doch, zu wissen: was bei einer gewissen Voraussetzung zu leisten sein möge — wenn wir zugleich darüber gänzlich unkundig sind, ob jene Voraussetzung eingetreten sei, wann sie eintreten werde *).

Wollen wir nun aber, im Sinne von Gans, einmal voraussetzen, auf die Entstehungsgründe der Verträge komme gar nichts an; es handele sich nicht sowohl um die Entstehung als vielmehr die Folge der Contracte, so dürfte dennoch auch alsdann der Widerspruch bleiben, in welchen Gans sich mit seinen eignen Behauptungen zu setzen scheint, sobald er commodatum, depositum, pignus mit mutuum nicht zusammenstellt, sondern letzteres als von ersteren specifisch geschieden ausgiebt. Liegt das Gleiche, was doch die Kategorie bilden soll, in der Gleichheit des Erfolgs, wie Gans ja eben will, so ist dieser Erfolg bei allen jenen Vertragsarten ein ganz gleicher, nämlich eine redditio. Diese redditio resultirt nun vorzüglich aus dem Hingeben, d. h. der Empfänger muß vorzugsweise das Empfangene restituiren, so daß die redditio dieses letztern die Hauptobligatio ist. Es kann aber diese Hauptobligatio mitunter sich modificiren, indem sich irgend etwas ereignet, was die obligatio durch Hinzukommen steigert, z. B. bei der

*) Es ergienge uns dann wie einem Manne vor dem Feenschlosse voller Reichthümer und Schätze, der wohl den Inhalt kennt, aber den Eingang nicht zu finden wüßte.

mora; oder aber es kann sich eine Minderung derselben ergeben durch Aufwand des Verpflichteten, z. B. wenn Unterhaltungskosten des Objectes erfordert und verwendet sind ꝛc. Solche Modificationen sind aber einestheils rein zufällig, und sodann bleiben sie anderntheils immer nur eine bloße Modification der fortbestehenden Hauptverbindlichkeit und die letztere wird dadurch weder aufgehoben noch gänzlich umgeschaffen. Zufällig sind diese Modificationen, denn man kann sich beim Depositum, beim Commodat u. s. w. immer denken — ja zumeist wird gerade dies der Fall sein — daß keine mora, keine Verschlechterung des Gegenstandes ꝛc. sich ergeben habe, daß mithin genau das Hingegebene, gerade so wie es die Absicht der Contrahenten und des Gesetzes ist, zurückzugeben bleibt — welches letztere derartige Modificationen als solche nothwendig für Abnormitäten ansehen und sie so behandeln muß. So oft aber diese zufälligen Abnormitäten sich nicht einstellen, wenn also die obligatio beim commodato deposito etc. in ihrer Reinheit bleibt, dann ist der contractus auch vollständig dem mutuo gleich, denn alsdann liegt in jenen wie in diesem etwas genau Fixirtes, ein certum — die redditio ist genau und bestimmt. Umgekehrt, sobald diese ganz zufällige Verschlechterung, mora, interitus etc. sich einstellen, erst alsdann immer kann von einem id quod interest die Rede kommen, in welches Gans den Unterschied setzt.

Dieses Hinzugekommene, nicht an sich in der obligatio Liegende — es ist ja sogar abnorm — ist aber natürlich ebendarum, weil es rein zufällig ist, damit auch ebensosehr rein außerwesentlich. Nur also im Außerwesentlichen beruht eine Verschiedenheit zwischen Mutuum, Depositum ꝛc., im Wesentlichen ist dagegen vollkommene Gleichheit. Gans sucht demnach, die Gleichheit im Wesen verkennend, im Außerwesentlichen eine Verschiedenheit auf; und indem er de-

rentwegen bestreitet, daß mutuum mit unsern übrigen Real-verträgen in eine Kategorie gehöre, setzt er dieselbe als etwas Wesentliches — während er anderwärts doch so oft darüber eifert, daß man in unserer Wissenschaft zu sehr am Zufälligen kleben bleibe *).

Hingesehen nun auf dasjenige, was bei dem Inhalt der obligatio das Wesentliche ist, auf den Effect, welchen sie alle miteinander gemein haben, so ist dies nichts Anderes: als daß der Eine die Befugniß, der Andere dagegen die Pflicht zu einer Leistung hat. Allein hierbei ist es doch sicherlich nicht hinreichend, bloß zu wissen, was möglicherweise der Inhalt solcher Befugniß, solcher Pflicht sein könne; sondern es ist gewiß noch viel mehr für den Rechtskenner zu wissen nöthig, noch von weit höherem Interesse: von wo aus, wie oft ergiebt sich eine solche obligatio; oder was gleich ist: wer hat dieselbe. Denn man muß doch wohl immer erst wissen: wer jemand zu irgend etwas zwingen dürfe, ehe man fragen kann: wozu er ihn dann nöthigen könne, d. h. das Subject der obligatio ist zunächst und nach demselben erst das Object zu erörtern. Ueber jenes Subject, also über die Hauptsache bleiben wir nach einem Gansischen System aber vorerst im Ungewissen, denn nach einem solchen würden wir hauptsächlich bloß über die, wie es scheint, untergeordnete Frage und vorzugsweise darüber aufgeklärt: was kann möglicherweise gefordert werden — nun beiläufig aber würden wir zu hören haben: wer dies dann sei, der das fordern könne. Bei einer Eintheilung der Verträge in contractus reales und consensuales ist dagegen die Antwort auf die Hauptfrage sofort und unmittelbar in der Eintheilung selbst gegeben, denn danach ist Subject einer obligatio: qui rem dat bei jener Tendenz, qui consentit bei der andern u. s. w. Ist dies nun wahr — es will uns bedün-

*) z. B. S. 177. seiner Abhandlung.

ken, man bedürfe dafür gar keines Beweises — so ist auch die Eintheilung der contractus in reales und consensuales höchst wesentlich und höchst einfach zugleich — dort wird durch res, hier durch consensus ein Berechtigter, ein Verpflichteter erzeugt.

Sahen wir nun bereits oben, daß selbst nach der eigenen Annahme von Gans das Depositum, Pignus, Commodat mit dem Mutuum in eine Klasse gehören müßten, weil sie das, was bei ihnen wesentlich sein soll, mit dem letztern gemein haben, so dürfen wir hier umsomehr behaupten, daß jene erstere ebenfalls wahre Realverträge sind, weil auch bei ihnen durch die datio rei die obligatio entsteht, gleich dem Mutuum. Indem Gans das Gegentheil lehrt, indem er angiebt, Commodat, Depositum seien keine Realverträge, und dies uns noch deutlicher nachweisen will, sehen wir ihn wieder auf dem gerügten Wandel, wo er einseitig dasjenige, was beim Mutuum gleichwie beim Depositum gilt, für ein unterscheidendes Merkmal des letztern declarirt. Er sagt nämlich so:

„Beim Depositum und Commodatum könne die hinge„gebene Sache längst zurückgegeben sein, ohne daß die „obligatio depositi, commodati aufgehoben worden; sie „können erst dann recht in Wirksamkeit treten und eine „Klage zuwege bringen: ja da die Klage auf das In„teresse gehe, so sei die Sache selbst von gar keiner „Bedeutung. Anders beim mutuum. Wenn hier die „Sache gehörig zurückgestellt sei, so werde auf In„teresse nicht weiter gesehen" *).

---

*) Man kann sich hier auch belehren, daß unsere bisherigen Definitionen z. B. von **actio commodati: quae datur ad rem commodatam restituendam, cum omni causa, praestandumque dolum et culpam**, falsch sind; und es vielmehr werde heißen müssen: **quae datur ad praestandum id quod commodantis**

Allein wir fragen zunächst: kann beim Mutuum nicht ebenfalls die Sache längst zurückgegeben sein und dennoch die obligatio noch fortbestehen? Wie, wenn nun herabgesetztes Geld, schlechterer Wein, verdorbenes Getreide ꝛc. zurückgegeben werden? Tritt denn nicht auch die obligatio erst nach der Rückgabe recht in Wirksamkeit, in gleichem Sinne wie beim Commodat ꝛc.? In solchem Sinne die Wirksamkeit einer obligatio erfaßt, wo dieselbe, die mit einer betrüglichen Leistung — weiter ist ja im Grunde die schlechtere Leistung gar nichts — sollte aufgelöset werden, nun aber wieder fortbesteht, bis dahin die Obliegenheit nach Schuldigkeit erfüllt worden, da kann ja nie und keinenfalls eine obligatio in Wirksamkeit treten, bevor die Leistung zu deren Erfüllung vorgenommen ist — denn alsdann erst kann man entnehmen: ob sie gehörig gemacht, ob das Geschuldete auch vollaus prästirt worden sei. Da wird Gans uns freilich entgegnen, daß er von gehöriger Erfüllung beim Mutuum gesprochen. Allein das darf doch wohl nicht für eine Eigenthümlichkeit des Mutuums ausgegeben werden, daß man dabei nach gehöriger Erfüllung nichts weiter fordern könne, denn das tritt bei allen Verträgen ohne Ausnahme ein. Gerade so wie beim Mutuum kann auch beim Depositum, dem Commodat — ja bei allen Obligationen in der juristischen Welt — nach deren gehöriger Erfüllung durchaus nichts mehr gefordert werden, und wenn irgend Etwas noch nach der Erfüllung in Anspruch genommen werden soll, so ist es immer gerade die ungehörige Erfüllung, die dies bewirkt. Aber auch beim Mutuum gehört zu der ge-

---

interest, et (obiter) rem reddendam. Consequent müßte man nun weiter behaupten, daß sobald die Hauptsache, nämlich das **id quod interest**, nicht eingetreten sei — wie dies dann in 100 Fällen so sein wird, — nun auch die Klage auf das Nebending, d. i. die geliehene Sache, wegfalle.

hörigen Erfüllung nicht nur die Rückerstattung des Hingegebenen, sondern eine gleiche Werthmasse, die möglicherweise mehr enthalten kann, als jenes enthielt, wie dies oben angeführt ist. So kann namentlich beim Commodat die Obligatio geringer sein als beim Mutuum, indem dort mit der Rückgabe des Empfangenen die obligatio erlischt, hier aber nicht *).

Was Gans noch ferner als eine Besonderheit des Mutuums vindicirt, das gilt gleichmäßig, z. B. vom Depositum, nämlich dies: „der Contract fängt mit der Hingabe „der Sache nicht allein an, sondern sein ganzes Wesen geht „nicht über die gegebene Sache hinaus **), und wäre sie „einmal gehörig zurückerstattet worden, so würde auf ein „ferneres Interesse nicht weiter gesehen werden können" ***).

Indem Gans auf solche Weise den Unterschied zwischen

---

*) Man denke sich den Fall: jemand habe dem **B** hundert Thaler als Darlehen und zu gleicher Zeit dem **C** eine gleiche Summe **dicis gratia** als Commodat geliehen, so daß beide innerhalb einem Monate zur Zurückgabe verpflichtet sein sollen. Mittlerweile werden die Thalerstücke herabgesetzt. Hier kann der **C** seine Verbindlichkeit mit den reducirten Stücken tilgen, der **B** aber wird dies nicht können, sollte er dieselben auch noch alle besitzen. In diesem Falle waren beide Obliegenheiten *certa*, allein die des Commodatars enthielt nicht soviel als die des Darlehnnehmers — und umgekehrt hätte jene mehr enthalten können, wenn der Werth der Thalerstücke gestiegen sein sollte. Wo ist nun aber jenes Interesse des Commodanten, was nach der Rückgabe der 100 Thalerstücke nach Gans Lehre erst eintreten soll? Daß da keines ist, ist ebensoleicht zu erkennen, wie das Interesse des Darleihers auch noch nach der Rückbezahlung der hingeliehenen hundert Thalerstücke, noch nach der Rückgabe des Objectes.

**) In dem Beispiel der vorigen Note gieng das Interesse und das Wesen des Mutuums allerdings über die gegebene Sache hinaus.

***) Wir möchten gerne ein Beispiel wissen, wie beim Depositum oder Commodat, nach der gehörigen Rückerstattung des Objectes, noch ein Interesse denkbar bliebe.

Mutuum und andern Realverträgen erklären und diesen Unterschied S. 104 flg. noch weiter verfolgen will, erörtert er natürlich nur noch mehr die Gleichheit, denn diese letztere ist überall nicht abzuwehren. Je weiter Gans auf seiner einseitigen Bahn fortwandelt, desto klarer muß sich die Einseitigkeit hervorthun. So soll unter andern beim Commodat bloß die Absicht zu leihen und allein diese in Betracht kommen, den Begriff des Vertrags ausmachen; beim Mutuum hingegen dies bloß die datio. Allein sobald die datio nicht *animo retinendi*, also animo credendi gemacht ist, so entsteht aus der bloßen datio so wenig ein mutuum als ein commodatum, als auch irgend eine andere obligatio reddendi — wie dies oben gelegentlich noch näher erörtert ist *). Geschweige darum auch, daß das von Gans angeführte fr. 32. D. 12. 1. für seine Annahme spräche — solches redet ganz gegen ihn. Wenn jemand von A Geld empfieng, während er dem B promittirte, so fragt es sich: ob er des A Schuldner aus einem Contractsverhältniß sei: an obligaris, wie der Jurist fragt. Letzterer verwirft dies — subsisto äußert er —; si quidem *nullum negotium mecum contraxisti:* das ist sein Entscheidungsgrund **). Nun hält der Jurist den Empfänger zur Zurückgabe des Empfangenen allerdings verpflichtet; allein, was nicht übersehen werden darf, keineswegs ex mutuo (*non* quia pecuniam tibi *credidi*) denn ein mutuum kann ohne conventio, ohne dies beabsichtigenden Vertrag nicht Statt finden (hoc enim *nisi inter consentientes* fieri *non* potest). Vielmehr soll der Empfänger ex aequo et bono verpflichtet sein, die pe-

*) fr. 14. 18. 19. 20. D. de reb. cred. (12. 1.) fr. 3. D. de O. et A. (44. 7.)

**) Er erklärt damit unzweideutig genug, daß das Wesentliche auch bei der obligatio ex mutuo in dem *negotium contrahere* liege, d. i. nach frühern Nachweisungen in dem contractus.

cunia ad eum perventa reddere, und zwar begreiflich demjenigen cujus erat — pecunia mea. Der referirende Jurist Celsus behandelt hier also einen Fall der condictio sine causa, die sich darauf gründet, daß es dem aequum et bonum nicht convenirt, daß jemand eines andern Sache ohne ein hinreichendes Recht dazu behalte, und indem Gans die Stelle auf ein Darlehen beziehen möchte, giebt er gerade Veranlassung, das Gegentheil seiner Annahme zu belegen *).

In Rücksicht der zweiten Abhandlung von Gans bleibt uns nichts zu sagen, weil dies zu unserm jetzigen Zwecke nicht gehören würde. Wir haben, wie oben gesagt, nur einzele Behauptungen, die sich darstellen oder darzustellen uns geschienen als die Grundlagen der sich zu der unsrigen als eine feindselige verhaltenden Ansicht, anzufechten versucht. Auf andere Annahmen glaubten wir unsere Erörterung nicht ausdehnen zu dürfen, also gar nicht auf die Gansische zweite Abhandlung **).

---

*) Die Behauptung, welche S. 107. erscheint, daß der **contractus pignoris** ein reiner Consensualvertrag sei, dürfte in der That in dieser ihrer Gestalt zu unschädlich sein, als daß sie hier eine Widerlegung finden sollte. Und wenn auch, wie Gans meint, Justinian es allein ist, der die verkehrte und frevelhafte Behauptung gewagt: es seien Depositum, Commodatum, Pignus Realverträge, so mag dies uns einstweilen doch genügen, um es heuer kühn nachglauben zu dürfen.

Was die auf S. 127. flg. versuchten Deutungen des **fr. 9. D. 12. 1.** und die noch folgenden Ausführungen betrifft, so wird es darauf ankommen, dieselben mit den hier niedergelegten Deductionen zu vergleichen, um sich von der mehrern oder mindern Richtigkeit der einen oder aber andern zu überzeugen.

**) Obgleich auch diese zweite Abhandlung viel Richtiges und Bessernes enthalten mag, so scheint dieselbe doch neben allzugroßer Künstlichkeit wieder auch manches Irrige zu umfassen, gleich der erstern. Dies möchte vielleicht für den Verfasser Veranlassung werden, über die darin behandelten interessanten Gegenstände, näm-

In besagter seiner dritten Abhandlung erörtert nun Gans die Lehre der Innominatverträge ex professo, allein in keiner andern als der feindseligen Absicht mit Hilfe seiner Erörterung diese Innominatverträge und das bei ihnen sich vorfindende jus poenitendi als fabelhaft verrufen zu können. Da wir unseres Ortes das letztere so sehr in Schutz nehmen zu müssen glaubten, so wird es für uns um so nöthiger, den Deductionen von Gans prüfend zu folgen, als ohnedies seine diesfälligen Argumentationen nicht einzig das Resultat der in den vorigen Abhandlungen enthaltenen Ausführungen sind und sich die dritte Abhandlung mithin keineswegs, wie Gans versichert, zu ihnen, wie die Probe zum Exempel genau verhält.

Gans stellt nun S. 170. seine Aufgabe in dieser Rücksicht vierfach, indem er uns nachzuweisen verspricht:

1) daß die Römer unsere Innominatverträge nicht gekannt haben;
2) die vier Formen, worin sich dieselben zeigen, sollen Generalformen für alle Verträge sein;
3) daß die Stellung dieser Obligationen, der ex contractibus innominatis, zu den Realverträgen nämlich, ein Widerspruch in sich selbst sei;
4) daß im römischen Rechte auch nicht eine Spur von unserem jus poenitendi gefunden werde.

Die Annahme unter 2 können und wollen wir als rich-

---

lich die Bedeutung der **actiones in factum, utiles** u. s. w. sich nochmals eigens auszusprechen. Vielleicht könnte ihm der Versuch glücken, eine weit größere Einfachheit der römischen Grundsätze nachzuweisen, als von Gans geglaubt wird; so wie der Verfasser auch hier versuchte, Manches auf einfachere Principien zurückzuführen. Gans scheint ihm das römische Material wieder in die subtilen und künstlichen Gewinde seines Gedankenganges gewaltsam einzuzwängen, und somit demselben eine Gestalt zu geben, die es nicht haben sollte.

tig sofort einräumen. Denn es kann nichts wahrer sein, als daß alle Verträge auf ein dare, oder aber ein facere gehen, weil — eine andere Richtung irgend einer obligatio sich gar nicht denken läßt. Es muß ebendarum aber auch wahr bleiben, daß die Innominatverträge ebenfalls auf diese Richtungen zurückzuführen sind und somit ein jeder Realvertrag entweder do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias zum Inhalt haben muß. Es bleiben von Gans also nur noch die drei andern Thesen zu beweisen.

Indem wir seinen Deductionen folgen, finden wir ihn S. 171. hinter der Bezeichnung contractus innominati s. incerti verfolgend herschreiten. Es dringt uns hierbei, in Etwa den Fürsprecher für Cujacius und die übrigen, von Gans Angegriffenen zu machen.

Contractus innominati scheint eine ganz passende Bezeichnung für diejenigen Verträge, die wir so zu benennen pflegen, zu sein. Gewisse Geschäfte kehren im bürgerlichen Verein häufig mit genau demselben Inhalte wieder. Dies wird begreiflich Veranlassung, ihre Natur, die sich dabei ergebenden möglichen Verhältnisse genauer und mehr bis ins Detail zu erörtern, es wird aber darum ebenfalls Veranlassung, ihnen besondere Namen beizulegen. Dahin gehören Kauf, Miethe u. s. w. Diesen Vertragsarten gegenüber stehen alle diejenigen verbindlichen Verträge, die wegen ihrer mindern Häufigkeit, d. h. ihrer seltenern Wiederholung keine eigene Namen haben. Es kann nun, scheint es, im geringsten nicht anstößig sein, diese letztere, als eine eigene Klasse, jenen genannten, die alle eigne Namen haben, entgegenzustellen und sie innominati zu nennen. Jedoch wird es nöthig werden, unsere Innominatverträge innominati *reales* zu heißen, weil sie damit zugleich von dem Heer derjenigen innominati geschieden werden, die durch stipulatio oder litterae sich erzeugen — wovon gleich.

Nachdem jene Verträge, die sich eigne Namen erwar-

ben, einmal bis dahin gekommen waren, diesen zu haben, so wußte man auch mit diesem Namen alsbald deren Inhalt. Was der Inhalt eines Kaufs, einer Miethe u. s. w. ist, das weiß jeder, darüber ist niemand im Zweifel. Insofern sind also die contractus nominati zugleich auch *contractus certi*. Anders verhält es sich bei denen, die nicht solche eigne Namen haben. Zu diesen sind zu rechnen: a) die verborum und b) die litterarum obligationes, insofern sie nicht mit irgend einem genannten Vertrag coindiciren; c) die reales innominati. Wenn ich sage: ich habe ein Haus gekauft, so weiß jeder, daß ich gegen baares Geld ein Haus erworben habe; wenn ich mein Pferd dem N. verliehen, meine Sache bei dem O. deponirt habe, so weiß damit jedermann eo ipso die gegenseitigen Obliegenheiten der Contrahenten. Nicht so, wenn ich sage: über ein Haus, mein Pferd, meine Sache ꝛc. habe ich eine stipulatio, einen Litteral-, einen Realvertrag abgeschlossen. Hier bleibt man im Zweifel über den Inhalt des Vertrages; dieser Inhalt ist ungewiß, und insofern sind alle diese Verträge *contractus incerti*. Darum dürfte nun auch die Benennung contractus incerti für unsere Innominatverträge die richtige sein, allein es wird der Zusatz *reales* wieder nöthig werden, um den Begriff von Verwechselung zu sichern.

Nach dieser Ansicht wären also nicht bloß unsere Innominatverträge, sondern auch alle stipulationes, litterarum obligationes — d. h. wenn sie nicht mit genannten in eins fallen contractus — innominati und incerti.

Hierbei ist nun wohl ferner folgendes zu erwägen: stipulatio ist durchaus kein Contract, sondern bloß die Form für Contracte. Der contractus stipulationis — was enthält der? Alles Mögliche in der Welt kann unter der Form einer stipulatio contrahirt werden, allein stipulatio, als solche, ist überall leer und ohne Inhalt. — Ebenso ist die rei da-

tio nicht der contractus selbst, sondern sie ist das, was ihn erzeugt, seine Form. — Auch die litterae sind keineswegs ein contractus, sondern sie sind eine Form für conventiones, um dieselben in contractus umzuwandeln. Stipulatione *fit* contractus verbalis, i. e. verbis contrahitur, aber stipulatio ist nicht ein solcher *).

Indem also die von Gans angefochtenen Rechtslehrer von contractus incerti reden, haben dieselben wohl keineswegs Unrecht; allein sie haben, so scheint es, doch auch nur halb Recht, indem sie diesen Begriff auf die contractus incerti reales einschränken. Freilich hat man indeß auf der andern Seite wieder sehr unrecht, wenn man contractus incerti und actio incerti in Verbindung bringt, denn ich kann aus einem contractus incertus sowohl ein certum fordern, als umgekehrt aus einem contractus certus eine actio incerti haben. Darum also dürfte endlich Gans wieder ebenso Unrecht haben, wenn er behauptet: ein jeder contractus, dessen Gegenstand ein incertum sei, sei damit auch incertus und producire eine actio incerti.

S. 172. 173. sehen wir Gans beschäftigt, ein unauflösliches Dilemma zu construiren, womit die Lehre vom jus poenitendi im Munde seiner Vertheidiger selbst von vornherein verdächtigt werden soll. Obwohl nun die diesfälligen Vorwürfe von Gans jene Gestalt der Lehre, die wir uns bemüht, ihr zu geben, nicht ganz zu treffen scheinen, so scheint es doch fast Unrecht, Jemanden auch dort Vorwürfe wegen logischer Fehler zu machen, wo er sie nicht verdient, und darum werden jene Angegriffene es wohl nicht

---

*) Der **mutuus consensus** ist gleichmäßig bei der **emtio** nicht der Contract, sondern macht ihn. Wie **stipulatio**, so könnte man sagen **consensuatio**, ohne daß es nun ein **contractus consensuationis** geben würde.

übel deuten, daß wir den Versuch machen, das ihnen angethane Unrecht nachzuweisen. Gans sagt in dieser Beziehung: „Die Vertheidiger eines jus poenitendi behaupteten, alle „contractus innominati würden pacta nuda sein, wenn nicht „eine actio praescriptis verbis für sie gegeben wäre, während dieselben doch gleichzeitig annähmen, die actio praescriptis verbis umfasse mehr als gerade die Innominatverträge. Da nun aber jene Rechtslehrer selbst nicht behaupteten, daß besagte umfassendere, über die contractus innominati hinausgehende actio praescriptis verbis eine andere „sei als diejenige, welche bei jenen eintrete, so sei hierin „ein unauflösliches Dilemma gefunden." Bei diesem Raisonnement wird einestheils den Juristen eine Meinung untergeschoben, die sie wohl nicht gehabt haben mögen und nicht aus ihrer Darstellung selbst zu entnehmen sein dürfte: daß nämlich die actio praescriptis verbis ausschließlich für die contractus innominati gegeben sei. Anderntheils haben dieselben aber doch auch wohl sehr recht, indem sie glauben, wenn nicht eine actio praescriptis verbis da sei, so würden unsere contractus innominati nicht contractus sein. Denn nichts ist ja wohl natürlicher, als daß alle jene conventiones, die wir contractus innominati nennen, ohne eine dafür gegebene Klage pacta nuda bleiben würden. So wäre auch emtio ohne die dafür bestimmte Klage eine conventio nuda, und gleichso wie die actio emti s. venditi zur emtio venditio, so verhalten sich die actiones praescriptis verbis zu den contractus innominati. Freilich scheint damit andererseits auch wieder gar nichts gesagt, da alle conventiones, die nicht eine Klage erzeugen, pacta nuda sind und daher obige Behauptung der Vertheidiger des jus poenitendi nur eine Anwendung eines allgemeinen Satzes auf einen darunter gehörenden Fall ist. Allein etwas Anderes als gerade dies in jener Aeußerung zu erblicken, obgleich sie fast tri-

vial klingen möchte, sind wir doch wohl nicht befugt, weil wir kein Recht haben, ohne Noth ihren Erklärungen eine vollkommene Leerheit oder aber Unsinnigkeit beizulegen. Da nun die allgemeine Klage, womit unter andern die obligationes ex contractibus innominatis geltend gemacht werden, eine actio praescriptis verbis ist, so konnte füglich in dem so eben angedeuteten Sinne gesagt werden: ohne diese Klage würden sie pacta nuda sein. So ist auch die locatio, eine verborum obligatio ohne Klage nichts als ein pactum nudum. — Dies Alles ist indeß nur uneigentlich gesprochen, obwohl es nicht unwahr ist. Denn, nicht weil sie eine Klage erzeugen, sind jene conventiones contractus, sondern weil sie in eine Civilform gekleidet sind, werden sie contractus, und als contractus haben sie die Wirkung, eine Klage zu erzeugen.

Nachdem sich bei den Römern die Ansicht ausgebildet hatte, daß ein jedes Geschäft, eine jede conventio, in deren Folge die Leistung einerseits erfolgte, nun nicht mehr ein pactum nudum sein dürfe, sondern eine obligatio civilis erzeugen müsse, so konnte selbstredend wegen der mannigfaltigen Verschiedenheit der dabei vorkommenden Fälle, nicht für jeden Fall eine eigene Klage Statt finden — wie sich dies ja auch bei jenen conventiones, die in Form einer stipulatio oder eines Literalvertrags auftreten, gleichmäßig ergab. Darum mußte die allgemeine Form einer Klage, wohinein sich ein jedes mögliche Obligations- oder Contractsverhältniß passen ließ, aushelfen, allein diese allgemeine Klage war auch vollkommen hinreichend. So wie man für die stipulationes und contractus literales jene condictiones certi und incerti hatte, so für die Realverträge die actio praescriptis verbis. Damit kann nun aber nicht gesagt sein sollen, und ebenwenig ist es nöthig, daß eine solche actio praescriptis verbis nicht noch überdies bei andern obligatorischen Ver-

hältnissen, außer den contractus innominati eintreten könne. Wenn dieselbe auch vorzugsweise für jene gebraucht wird, so liegt dies in nichts Anderem als der Häufigkeit ihres Erscheinens. — Mit jenem unauflößlichen Dilemma scheint es demnach nicht so ganz richtig zu sein *).

S. 174. will Gans ein besonderes Gewicht darauf legen und den Umstand als ein Argument gegen die Behauptung eines jus poenitendi aufgreifen, daß dieses letztere — in den Institutionen Justinians keine besondere Erwähnung gefunden. Allein man darf ihm nur entgegnen: wenn alles dasjenige, was in jenen Institutionen sich nicht vorfindet, in das Gansische Reich der Mährchen und Fabeln verwiesen werden müßte, so würde für uns wenig vom römischen Rechte übrig bleiben. So kommen in dem neuen Gajus ebenfalls keine Innominatverträge vor. Allein hier findet sich auch keine Erwähnung von Depositum, Commodatum, Pignus in der Absicht, die Lehren speciell zu erörtern — wer aber nun behaupten wollte, Gajus habe solche Realverträge nicht gekannt, der würde doch sehr irren. In Gajus wie in Justinians Institutionen wird im Allgemeinen angegeben, auf

---

*) Es läßt sich denken und ist überdies durch sich selbst klar, daß im Laufe der Zeit noch mehrere Verträge von denen, die in jene allgemeine Klasse von Realverträgen gehören, wo beiderseits eine **obligatio praestandi** existirt und die am häufigsten in gleicher Gestalt wiederkehren — wie denn z. B. **aestimatio, permutatio, suffragium** auf gutem Wege waren — nicht nur besondere Namen, sondern auch besondere Beachtung der Juristen sich erworben haben würden. Dieselben wären damit nicht nur **contractus certi** geworden, sondern hätten demnach auch unter die **nominati** gehört, so gut wie **depositum, venditio etc.** Ja **permutatio, aestimatio, suffragium** sind dies eigentlich alles bereits vollständig.

Umänderungen im Verkehr, neue Erfindungen hätten neue Obligationsverhältnisse erzeugen können, und damit ganz neue **contractus**, wie z. B. bei uns der Staatspapierhandel.

wie vielerlei Art eine obligatio entstehen könne: re, verbis, litteris et consensu, und dies wird durch Beispiele von beiden erläutert. Was es im Allgemeinen bedeutet, was es heißt, wenn gesagt wird: re contrahitur obligatio, dies sagt uns Modestin Lib. 2. regularum, in fr. 52. §. 1. D. de O. et A. (44. 7.), indem er bemerkt: *re* obligamur, *cum res ipsa intercedit.* Dies nun als bekannt voraussetzend, fängt Justinian in pr. J. quibus mod. re contr. (3. 15.) sofort mit Beispielen einer solchen obligatio quae re contrahitur an. Justinian beginnt: re contrahitur obligatio — cum res ipsa intercedit, was Modestin zusetzt, versteht sich hier bei Justinian von selbst — *veluti* mutui datione. — — §. 2. *Item* is, cui res aliqua utenda datur i. e. commodatur, re obligatur. — — §. 3. *Praeterea et is,* apud quem res aliqua deponitur, re obligatur. — — §. 4. *Creditor quoque,* qui pignus accepit, re obligatur. Diese Citate enthalten Alles, was in den Institutionen über obligationes reales ex professo vorgetragen ist, aber nur in beispielsmäßigen Anführungen. Daraus ergiebt sich nun sofort und direct von selbst, daß es außer den angeführten Beispielen noch andere Fälle von Realverträgen geben muß. Denn sonst würde Justinian etwa sagen: re contrahitur, his quatuor (tantummodo) modis. Jene Beispiele reichten für Justinians Zweck vollständig aus, und es bedarf wohl auch keiner Rechtfertigung, daß er die häufigsten Formen als Beispiele aufführte, nämlich die contractus reales *certi* — so wie man mit Gajus nicht rechten wird, daß er sein Beispiel auf den häufigsten und wichtigsten einen Fall, d. i. auf das mutuum, beschränkt *).

---

*) Comm. III, 90. Man wird sich nicht irren lassen, wenn Gajus §. 91. auch die solutio indebiti zu den Realverträgen zu rechnen scheint, denn er sagt zuletzt doch selbst, daß dies kein Vertrag sei, sed haec species obligationis non videtur ex con-

Dürfte somit jene Gestalt (oder eigentlicher Nicht-Gestalt), welche unsere Lehre in Justinians Institutionen hat, genügend erklärt erscheinen, so kann freilich der von Hahn l. c. angeführte Grund einem wohl ein Lächeln abnöthigen, und die Meinung desselben bleibt nur durch die Individualität des Mannes selbst zu begreifen. Indeß darf diese lächerliche Behauptung eines Rechtslehrers doch keine Veranlassung werden, der Lehre selbst und deren Vertheidigern überhaupt indirect den Vorwurf der Lächerlichkeit zu machen. Freilich wird bei der hohen Einfachheit der Lehre von ihrer Schwierigkeit wohl nicht die Rede sein können, wenn es uns nur einigermaßen geglückt sein sollte, das wahre Verhältniß der Sache aufzuzeigen.

Indem Gans sich ferner einen Grund gegen das Reuerecht aus dem Umstande vindiciren möchte, daß die Innominatverträge theils mit einem facere anfangen sollen, nicht also mit einer *res*, während doch von ihnen prädicirt werde, daß sie contractus *reales* seien — so dürfen wir hierbei nur erinnern, daß res in jenem weitern Sinne zu nehmen ist, wo auch factum dazu gehört, und es also mit praestatio gleichbedeutend erscheint. Contractus reales sind Verträge, wo irgend Etwas, nicht gerade eine res corporalis, bereits vorgewesen, intercedit, wie die Römer sagen. Ein Vertrag soll re perfect werden, heißt nicht etwa, durch eine körperliche Sache, res, wird er dies, sondern es heißt: die obligatio fängt mit der Leistung des einen Theiles an, cum res ipsa intercedit *).

Da Gans uns S. 175. abläugnen will, daß in den dort citirten Pandectenfragmenten stehee, die Formen do ut des, do ut facias seien diejenigen für Innominatverträge —

---

tractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium, quam contrahere.

*) Ueber diese Bedeutung der res siehe oben §. 25.

was man darin nämlich bisher zu finden geglaubt, so müssen wir ihm mit der Behauptung entgegentreten, daß dies allerdings darin enthalten sei. Schon im Anfange des bezeichneten Fragments 5. kündigt Paulus uns an, daß er bei Gelegenheit der Beantwortung der Frage: welche Klage bei facio ut facias Statt finden müsse, uns zeigen wolle, was es jedesmal für eine Wirkung habe, wenn zu der conventio eine Leistung hinzugekommen: totius ob rem dati *) tractatus inspici. In diesem tractatus soll nach Gans Behauptung lediglich von einem do ut des gesprochen werden, das eine emtio; von einem do ut facias, das zugleich eine locatio sei. Allein von ersterm steht kein Wort in der Stelle, und die letztere Angabe ist nur halb darin. Zunächst giebt es gar keine conventiones mit der Formel do ut *des*, die eine emtio sein könnten. Do ut *des* enthält gegenseitiges zu eigen geben, und kann insofern nur der Inhalt eines contractus innominatus sein, aber nie einer emtio **); denn bei der letztern geht die Gegenleistung des Verkäufers nie auf eine redditio, ein retro *dare*, sondern lediglich auf ein *tradere*. Bedächtiger wie Gans redet daher Paulus nur von einem do ut rem *accipiam*. Derselbe sagt in seinem mehrerwähnten tractatus ob rem dati: wenn ich Geld gebe, ut rem accipiam, so sei dies ein Kauf; wenn ich eine Sache gebe, ut rem accipiam, so sei dies kein Kauf, sondern ein Tausch. Nun erst, nachdem er von beiden Fällen gesprochen, führt er auch noch einen dritten an, also einen von beiden, von der emtio und der locatio verschiedenen, und dies ist

---

*) Hier ergiebt sich dann zugleich auch bis zur Evidenz, daß facio mit unter die *res* data gehören soll, was Gans läugnet. Denn hier ist in dem tractatus, den Paulus *ob rem dati* nennt, nicht nur von eigentlichen res, sondern auch, und dies vorzugsweise, von Leistungen die Rede, die ein facere enthalten.

**) Cf. fr. 16. D. de cand. c. d. c. n. s. (12. 4.)

dann der, welcher do ut des enthält: *Sed* si *dedi* Scyphos, ut Stichum *dares*. Hier sagt nun Paulus von der Klage weiter nichts, wie er dies vorher gethan; allein er sagt auch nicht, daß dies eine emtio sei, vielmehr unterscheidet er durch die Darstellung selbst den letztern Fall zur Genüge von dem erstern. Er sagt aber ferner: bei do ut facias könne ebenfalls eine locatio sich ergeben, wenn nämlich bei einem factum übrigens locari solitum, *pecunia* gegeben sei, so sei dies eine locatio, wenn eine res gegeben sei, so sei es keine locatio — natürlich weil bei der locatio die merces Geld sein müsse. Wenn also auch bei do ut facias gesagt ist: es gebe deren, die locatio seien, so ist doch zugleich gesagt, und das deutlich genug, daß es deren gleichmäßig gebe, die nicht locatio seien. Danach steht doch in jener Stelle von Vertragsformen do ut des, do ut facias, die mit einem genannten Vertrag nicht coindiciren, mithin andere als nominati, d. h. aber innominati, sein müssen.

Nun handelt aber Paulus die Sache auch keineswegs ausführlich ab, indem er von allen jenen Formen, die nicht zu seinem nächsten Zwecke gehören, nur sehr oberflächlich redet. Dieser sein Zweck war eigentlich die quaestio in principio proposita. Diese quaestio enthielt einen Fall der Form facio ut facias. Allein auch bei diesem Fall, den Paulus im Sinne hatte, trat die besondere Eigenschaft ein, daß dabei von einer Revocation des Geleisteten nicht mehr Rede sein konnte, weil es sich handelte um die ertheilte Freiheit, und es mithin eigentlich nur um dies id quod interest sich fragen durfte, denn die Freiheit selbst konnte nicht angefochten werden. Es ergiebt sich aber, und dies ist diesmal für uns genug, aus dieser Stelle hinlänglich, daß, so oft die conventio einerseits erfüllt worden war, eine Klage entsprang, und zwar nicht nur auf Erfüllung, sondern auch auf Rückgabe, und bei der Unmöglichkeit der letztern auf

das id quod interest oder die aestimatio. Warum aber, fragen wir hierbei mit Recht, führt Gans uns nur dasjenige auf, was Paulus beiläufig und in einer Weise sagt, an der er seine Angriffe zu probiren vermochte; warum trägt er nicht sofort auch vor, was Ulpian uns über diesen Gegenstand hinterlassen hat? Wir fragen dies umsomehr mit Recht, da Gans die Stelle Ulpians gleichwohl citirt, aber allein nur aus Paulus argumentirt, als ob dies allein Bedeutung habe und der Ausspruch Ulpians nichts gelten dürfe. Ergänzen wir daher die Lücke und verbinden die beiden, von Gans angedeuteten Fragmente, und die Sache wird sich mehr klären. Ulpian sagt so:

> Juris gentium *conventiones* quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. *Quae pariunt actiones*, in suo nomine non stant (d. h. sie haben mehr als die zum Begriff und nomen der *conventiones* nöthigen Eigenschaften: in *suo* nomine i. e. nomine *nudarum* conventionum non stant) sed transeunt in proprium nomen *contractus* (sie nehmen den eigenthümlichen Namen contractus an — nun folgen die Beispiele:) ut emtio etc. et caetera similes contractus. Sed etsi in *alium* *) contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem, utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc *συνάλλαγμα* i. e. contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem.

Weil diesem nach solche conventiones, bei denen eine causa vorlag, wirkliche contractus civiles geworden waren, so stimmt Ulpian ferner der Meinung des Marcianus bei, daß in einem Falle: dedi Stichum, ut manumittas Pamphilum, wenn der Stichus evincirt worden, nicht bloß eine

---

*) i. e. contractum nominatum s. certum.

prätorische actio in factum, sondern eine actio civilis, d. h. hier die actio praescriptis verbis, zuständig sei, weil eine solche als Contractsklage hier eintrete: esse enim, wird gesagt: *contractum*, unde haec nascitur actio. Daß diese Klage vorliegend auf ein incertum gieng, ist klar, denn das id quod interest kann nur ein solches sein, und darum war die actio auch eine incerti, wie weiter angefügt wird. Man darf auch nicht übersehen, daß Ulpian nicht anders sagt als: *dedi* und nicht do, denn indem er von *contractus* inde nascituri redet, so mußte er natürlich das Geschehensein der Leistung voraussetzen.

Wie nun Gans dazu zu kommen vermag, hier sofort zu der Behauptung aufzusteigen: „der Umstand, daß Paulus bei facio ut des eine actio praescriptis verbis nicht zugestehe, sei der stärkste Beweis dafür, daß Paulus nur im „Allgemeinen habe zeigen wollen, wann die möglichen Formen mit den bonae fidei negotiis zusammenfallen" — dies ist nicht gut einzusehen; so wenig wie er daraus weiter folgert und folgern kann, daß facio ut des kein Innominatvertrag sein könne.

Abgesehen auch davon, daß Paulus nach Obigem erwiesenermaßen nicht vollständig ist, so ist oben auch schon hinreichend nachgewiesen, daß ebenfalls bei facio ut des eine Klage Statt findet. An dieser letztern Thatsache vermag natürlich der Ausspruch Paulus nichts zu ändern, weil dieser seine Erklärung daneben findet. Es unterliegt aber gar nicht einmal einem Zweifel, daß Paulus gar nicht gesagt haben will, nicht gesagt haben kann, daß bei facio ut des überhaupt keine Civilklage Statt finde, und gewiß darf dies nicht angenommen werden, ohne ihm selbst eine arge Absurdität in den Mund zu legen.

Paulus sagt uns in seinem tractatus zuerst: der Fall

do ut facias sei so oft eine locatio, als das factum ein locari solitum wäre und die merces in pecunia bestehe. Kann nun aber do ut facias unter solchen Umständen eine locatio sein, so doch natürlich auch facio ut des; denn wer unter den Contrahenten seine Leistung zuerst bedinge oder zuerst vornehme, muß doch wahrlich ganz gleichgiltig sein; es muß einerlei Wirkung haben, ob der dans oder ob der faciens mit der Leistung den Anfang mache. Wenn ich daher Geld gebe, um ein factum locari solitum zu erlangen (do ut facias), und dies nach Paulus eine locatio ist, so ist es doch auch umgekehrt eine solche, wenn ich ein factum locari solitum vornehme, um dafür eine pecunia zu erlangen, d. h. der Fall facio ut des. Was kann wohl einfacher sein! Denke ich mir bei der locatio operarum, wovon ja hier zunächst die Rede ist, die Leistung des conductor operarum zuerst, so ist die conventio unter die Formel do ut facias gehörig. Denke ich mir zuerst die des locator operarum, so gehört die conventio unter die Formel facio ut des. Wollten wir nun den Behauptungen von Gans Glauben beimessen, so hätte nach Paulus Ausspruch wohl der conductor operarum, nicht aber der locator operarum eine actio civilis; — und wollen wir daher nicht voraussetzen, der Ausspruch von Paulus beziehe sich bloß auf das Verhältniß der praestatio ejus quod interest, so zeihen wir denselben indirect eines baaren Unsinnes. Dasselbe muß nun aber auch gelten bei jenem Vertrag unter der Formel do ut facias, der keine locatio ist, wo, wie Paulus sagt, *res* data est, ut facias, d. h. bei einem Innominatvertrag. Wo ist auch der Grund, warum es hier anders sein sollte! Hat nun in diesen Fällen der zuerst leistende dans eine Klage, warum sollte nicht auch der zuerst leistende faciens eine haben — oder worin unterscheiden sich die Wirkungen in dieser Rücksicht bei diesem Fall und bei der datio pecuniae?

Würde es nicht absurd sein, eine Klage zu gestatten bei facio ut des *pecuniam*, nicht aber bei facio ut des *rem!*

Das Gleichmäßige gilt auch überall beim Kaufvertrag. Es ist gewiß, und noch niemand hat es unseres Wissens bestritten, daß tradere zum facere gehört, gleichsam eine Unterabtheilung desselben sei. Es ist darum auch gewiß, daß die obligatio des Verkäufers nicht in dando, sondern in faciendo besteht *). Kauf gehört also zu den Fällen do ut facias und facio ut des gleichmäßig, so wie auch die locatio. Sieht man nämlich beim Kauf auf den Käufer, so haben wir die Form do ut facias, sieht man auf den Verkäufer, so umgekehrt facio ut des. Wenn nun bei einem jeden facio ut des von Paulus eine Klage abgeläugnet wäre, so würde hierin der absurde Ausspruch liegen, daß der Verkäufer, der zuerst prästirte, keine Klage — abgesehen von der actio venditi — haben solle **).

---

*) fr. 72. pr. 75. §. 7. D. de V. O. (45. 1.) fr. 16. D. de cand. c. d. c. n. s. (12. 4.). Freilich wird das Wort dare mitunter auch wieder in laxerer Bedeutung gebraucht, so wie auch res eine engere und weitere Bedeutung hat.

**) In dem oben erörterten Falle Ulpians in fr. 7. §. 1. D. de pactis (2. 14.) ist es gerade der faciens, nicht der dans, dem die actio praescriptis verbis, als ex illo contractu descendens, zugestanden wird.

Sehr richtig unterscheidet unser Sprachgebrauch, so wie auch der römische, Kauf und Verkauf, kaufen und verkaufen, je nachdem man zunächst den Käufer oder Verkäufer im Sinne hat. Kauf wäre demnach eine **conventio: do ut facias**, Verkauf: **facio ut des.** Es erscheint immer als eine widerliche Begriffsverwirrung, wenn man **actio emti venditi** sagt, anstatt nach den Umständen **emti** oder **venditi**; — oder wenn in unserer geistlosen Praxis der Gegenstand eines durch einen Kauf veranlaßten Streites mit **puncto emti venditi** bezeichnet wird, während es doch meistens nur **emti**, oder aber **venditi**, selten **emti et venditi** oder **venditi et emti** ist, was den Streitgegenstand ausmacht.

Bei S. 177. haben wir nur anzumerken, daß der von Gans zubereitete Vorwurf, als ob die facultas poenitendi nur eine Eigenthümlichkeit derjenigen Verträge, die mit einem dare begonnen, gewesen sei, uns nicht trifft. Wir dürfen uns aber gestatten, auch Gans den Vorwurf einer unrichtigen, nicht überdachten Behauptung zu machen, die er darin thut: „daß bei facere eine condictio nicht möglich „sei". Daß Gans diesen Satz als seine Meinung aufstellt, ergiebt sich, indem er hieraus gegen die Schutzherren des jus poenitendi so argumentirt: „dies beweise — daß näm„lich beim facere eine condictio nicht statthaft sei — wohl, „daß das jus poenitendi einer Zufälligkeit seine Existenz ver„danke." Daß aber eine condictio beim facere möglich war und ist, beweisen die condictiones indebiti, sine causa, ob causam datorum u. s. w. zur Genüge.

Auch was übrigens noch von Gans über die condictio causa data, causa non secuta gesagt wird, ist unrichtig, indem keineswegs die condictio ob causam datorum bloß da Statt findet, wo ein bedungenes factum oder eine datio sich nicht ergeben haben, sondern dieselbe überall da Statt hat, wo irgend eine Voraussetzung, derentwegen eine Handlung vorgenommen ward, sich nicht verwirklichte. Zudem wird diese Klage bei der Pönitenz nur angewendet, ist nicht eigens dafür erfunden, und tritt daher im Falle einer solchen auch nur *quasi* ob rem non secutam, d. h. utiliter, ein *).

Die Annahme von Gans S. 178., daß immer da eine actio praescriptis verbis ertheilt werde, wo ein solches Geschäft vorliege, das mit einem bestimmten bonae fidei negotio Aehnlichkeit habe, jedoch wegen einiger Mängel nicht

---

*) Cf. oben §. 58. 59.

ganz unter dessen Begriff passe — dies scheint grundverkehrt, besonders wenn wir noch nebenbei von Gans hören, daß es überdies einerlei sein soll, ob das negotium ein Contract sei oder nicht. Danach wären wir ja wirklich so weit, daß alle negotia bonae fidei, ohne Unterschied, ob sie contractus oder pacta nuda wären, klagbar und mit einer actio praescriptis verbis geltend zu machen seien. Das scheint in der That sehr frappant. Wir haben bisher vermeint, die römischen Juristen wüßten nicht dringend genug hervorzuheben: „ein pactum nudum dürfe nicht klagbar sein *); dieselben gestatteten eine actio praescriptis verbis nur darum bei conventiones, weil, wie sie sagen, dieselben zu contractus geworden wären. Weil nämlich eine causa subest, sollen sie contractus sein; weil sie dies sind, sollen sie eine obligatio produciren; diese obligatio soll eine actio im Gefolge haben und die actio soll praescriptis verbis sein. Wo aber wäre nun nach Gansens Ansicht noch ein pactum nudum? Denn wo ist eine conventio, die mit einem oder dem andern bonae fidei negotium nicht irgend einige Aehnlichkeit hätte. Wir wissen ja, daß es gar keinen Vertrag in der Welt geben kann, als mit dem Inhalte einer jener 4 Formen do ut facias u. s. w. Darum müssen so gut die contractus certi, wie die incerti eine von diesen Formen enthalten, eben darum müssen aber auch alle conventiones nudae mit den non nudis eine gewisse Aehnlichkeit haben, — denn das haben sie mit ihnen gemein, daß auch sie den Inhalt einer jener 4 Formen in sich fassen müssen. Wenn daher Paulus und andere römische Juristen von solchen Aehnlichkeiten reden, so thun sie es gerade in der Absicht, um gleichzeitig die Verschiedenheit, die ja mit und neben jener gegeben ist, die ja die Aehnlichkeit von der völligen Gleich-

*) Cf. Ulpianus fr. 7. D. de pactis (2. 14.) — — ne ex pacto nudo actio nascatur finden wir so oft!

heit unterscheidet, aufzuzeigen. Jene Juristen bemerken uns ja gerade, daß ungeachtet der äußerlichen Aehnlichkeit dennoch eine innerliche Verschiedenheit obwalte und daß eben=darum auch nicht die Folgen überall gleich seien. Paulus sagt ja gerade in jener bezeichneten Stelle: si *res* data est, et tabulam pingas — *non erit locatio*; sed nascitur civilis actio — also dennoch, obgleich der Vertrag eine locatio nicht ist, soll eine actio civilis entspringen. Ungeachtet die Aehnlichkeit besteht, so ist dennoch das Verhältniß nicht dasselbe, nicht ein Gleiches, es erzeugt nicht eine Einerleiheit der Folgen, somit also hat die Aehnlichkeit keine Folgen. Wo aber die Leistung bereits vorgenommen, da ist dennoch eine actio da. Nur also in der Leistung wird der Grund der Klagbarkeit gefunden, keineswegs in der Aehnlichkeit mit einem andern klagbaren Vertrag — *etsi non transeat* in emtionem, locationem u. s. w. sagt Ulpian am angeführten Orte *).

Mehrfach erwähnt und vernünftig ist es darum, daß nicht so viele einzele Klagen, als es conventiones giebt, sein konnten; man mußte eine allgemeine Klage haben, und dies war die actio praescriptis verbis. Diese letztere war also keineswegs eine actio utilis; sie konnte ferner ebenso gut certi wie incerti sein, gleich der condictio ex stipulatione, obgleich das Gegentheil zu behaupten von Gans versucht wird **).

---

*) Wie könnte man auch glauben, daß die formellen Römer, die von der genauesten Beobachtung der vorgeschriebenen Formen die Giltigkeit eines Geschäftes abhängig erachten, wegen bloßer Annäherung an diese Form — anders ist ja die Aehnlichkeit nichts — sollten eine ähnliche, ja gleiche Wirkung haben eintreten lassen! Wie mißlich und für eine verständige Gesetzgebung unpassend ist dies schon darum, weil die größere oder geringere Aehnlichkeit und das Urtheil hierüber ein willkührlich werden muß.

**) Es würde die Gränzen dieser Abhandlung über Gebühr ausdeh-

In Rücksicht der Behauptung S. 188., daß die Römer unsere Innominatverträge nicht als Contracte erwähnen, die

---

nen, wenn wir es unternehmen wollten, zugleich die Absichten von Gans über die **actio praescriptis verbis** nach unserer eigenen Ansicht zu berichtigen; es scheint dies nicht eigentlich für unsern Zweck erfordert. Einiges aber hier anzuführen, können wir nicht unterlassen.

Die von Gans S. 178. Note 1. citirte Stelle sagt nicht: um die **actio praescriptis verbis** zu begründen, müsse das Geschäft **simile mandato** sein. Es ist vielmehr ganz bestimmt gesagt, es sei das Geschäft nicht als **mutuum** anzusehen — **ne *ipsius sortis* quidem petitionem *pecuniae creditae* fuisse.** Und weil das Geschäft auch durchaus nicht den Inhalt eines sonstigen **contractus certus** hatte, so war nur **praescriptis verbis** zu klagen.

Keineswegs gemeint, das Verdienstliche solcher Untersuchungen, wie von Gans über das Alter der **actio praescriptis verbis** versuchte, an sich streitig zu machen — obgleich sehr häufig dieses Verdienstes ein großer Theil auf Rechnung der dabei zu Tag gelegten Gelehrsamkeit kommen mag — haben wir vorliegend dennoch Folgendes zu erinnern. Hierortes scheint es nämlich nicht, als ob es gerade nöthig sei, anzunehmen, man habe zur Zeit, als das Interdictum de Precario gegeben worden, noch von keiner **actio praescriptis verbis** gewußt. Beide, das **interdictum de precario** und die **actio praescriptis verbis** mochten, und das ist sehr viel wahrscheinlicher als Gansens Annahme, eine gute Zeit nebeneinander bestanden haben, bevor man die **actio praescriptis verbis** so erweiterte, daß sie auch auf nicht contractliche Verhältnisse, als **actio in factum**, ausgedehnt ward. Man mochte das, was man **actio praescriptis verbis** nennt, wohl früher kennen, aber erst später erweitern und auf das **precarium** ausdehnen. So kannte man auch die **condictio certi** und **incerti** früher, erweiterte dieselbe aber in der **condictio triticaria** sehr bedeutend. Bei dieser Annahme löst sich die Sache in Rücksicht der **actio praescriptis verbis** viel einfacher auf. Die **actio praescriptis verbis** war eine allgemeine Contractsklage, wie die übrigen **condictiones**, und ward nun später auch auf solche obligatorische Verhältnisse ausgedehnt, die nicht aus Contracten entsprangen. Sie war mithin dieselbe Klage, welche man beim **indebito**, beim Besitz **sine causa**, oder **ob causam turpem, ob causam datam et non secutam** gebrauchte; und daher konnte es keinen Anstand geben, solche auch auf das Verhaltniß des Pre-

Gans so unbedingt hinstellt, verweisen wir auf unsere obigen Ausführungen, wonach dies ganz falsch ist. Der Deu-

---

cariums anzuwenden. Sie blieb ja da nicht weniger **condictio**, z. B. **fr. 19. §. 2. D. de precario (43. 26.)**.

Mit dieser Voraussetzung wird sich unsere Annahme rechtfertigen, es wird damit sich erklären lassen, was unsere Gesetze hierüber enthalten. Zugleich wird damit sich aufzeigen, wie verfehlt es mitunter sei, die unter der Aegide eines Juristennamens in den Pandectenstellen aufgeführten Behauptungen gerade diesen Juristen zuzuschreiben und dieser Voraussetzung gemäß zu argumentiren. So folgert Gans aus der unter Julians Namen prangenden Aeußerung, daß außer dem **interdicto de precario** auch eine **actio praescriptis verbis** Statt finde: es sei bereits zu Julians Zeiten die Concurrenz beider Klagen anerkannt gewesen — und die **actio praescriptis verbis** müsse durchaus jünger sein, als das **interdictum de precario**. Allein einmal würde man mit demselben Rechte aus der von Gans citirten Aeußerung Paulus folgern können, daß zu dessen, also in viel spätern Zeiten, die Ausdehnung der **actio praescriptis verbis** auf das Precarium, somit jene Concurrenz noch nicht Statt gehabt †).

Es ist daher eben so gut eine Interpolation, die der Stelle Julians gemacht wird, nämlich jenem §. **2. fr. 12. cit.**, als es eine solche ist, **in fr. 2. §. 2 ib.**, die man Ulpians Worten macht, wenn man ihn ein Gleiches sagen läßt. Denn derselbe Ulpian sagt **fr. 14. §. 11. D. de furtis (47. 2.)** ganz bestimmt, außer dem Interdict habe man keine **actio** auf Restitution gegen den Precisten. Auch will es nicht recht einleuchten, daß Paulus **in fr. 14.** eine sonst ihm gar nicht eigene historische Bemerkung über den Zustand des **interdicti de precario** oder das Precariums selbst sollte gemacht haben, wenn nicht die Veranlassung dazu noch wirklich zu seiner Zeit bestand, d. h. wenn nicht noch zu seiner Zeit eine andere **actio** es nicht gegeben. Auch sieht man es der ganzen Fassung jener Stellen an, daß die **in fr. 2. §. 2.** und **fr. 19. §. 2.** erwähnte Zulassung einer **actio praescriptis verbis** eine Interpolation sei, denn in jener das „**Itaque**“ und in dieser

†) Diesem dürfte nicht entgegenstehen, was Paulus **in S. R. V, 5, 10.** sagt, denn dessen: **nam et *civilis actio* hujus rei, sicut commodati etc.** betrifft dieselbe und die eine **interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis, quod precario habet, restituat**, die er in dem vorhergehenden Satze erwähnt.

tung aber, die Gans dem Ausspruche Ulpians in fr. 7. §. 2. D. de pactis giebt, entgegenzutreten, sind wir gedrungen. Dort soll, nach Gans, Ulpian beiläufig sagen, die contractus juris gentium hätten alle ihre eigenen Namen, und nach dieser beiläufigen Aeußerung zu den pactis nudis übergehen, indem er hinzusetze: sed si in alium contractum etc. Es verhält sich wohl gerade umgekehrt. Ulpian sagt: die conventiones (wohlverstanden: nicht *contractus*) juris gentium producirten theils Klagen, theils nur Einreden. Jene, die klagerzeugenden, behielten nicht die Benennung conventio — in *suo* nomine non stant — sondern nähmen den eigenthümlichen eines Contractes an, eines bestimmten Contractes, wie dies bei der emtio so sei; oder falls dies auch nicht eintrete, doch aber eine causa vorhanden liege, so würden sie *συνάλλαγμα* oder contractus und erzeugten hiermit obligatio et actio. Da ist Ulpian also gar nicht zu den

---

das „cum“ passen zu dem Vorherigen fast wie eine Faust auf's Auge †).

Sodann aber würde es sehr wohl mit einander bestehen, wenn auch die actio praescriptis verbis auf das Precarium nicht angewendet würde, daß dieselbe dennoch bereits existirte, wie oben schon erwähnt ††).

†) Hierbei ergiebt sich auch sofort wieder die Unrichtigkeit der Annahme, daß die actio praescriptis verbis eintrete, wo irgend ein negotium sei simile negotio bonae fidei. Während ja Ulpian in fr. 1. §. 2. D. de prec. vom Precarium prädicirt: *est simile commodato*, läugnet er dennoch fr. 14. §. 11. de furt. das Stattfinden einer actio civilis.

††) Wenn dies auch bestritten werden sollte — und was wird heuer nicht bestritten (liefern wir doch selbst mit gegenwärtiger Deduction den Beleg!) — so ist bei den bestimmten Erklärungen Ulpians doch gewiß die Voraussetzung einer verschiedenen Ansicht zwischen ihm und Paulus nöthig, und also schon darum die Argumentation über das Alter der actio pr. v. unhaltbar.

pactis nudis übergegangen, sondern spricht von gar nichts Anderem als von contractus.

Daß indeß, wiewohl, Gans S. 189. das Gegentheil vorträgt, die causa — die den Grund des contractus erzeugt — sich auf das Geleistete beziehe und nicht auf das, was mit der Leistung erst beabsichtigt wird, oder vielmehr dasjenige, was andererseits geschehen solle, dies liegt zu Tage. Wenn dies auch noch von Niemand erwiesen worden wäre, so ergiebt es sich unmittelbar aus dieser Stelle Ulpians. An sich schon bedeutet causa doch wohl etwas Vergangenes — wie oben zu erörtern versucht worden — weil man überhaupt sich eine zukünftige Ursache nicht denken kann, vielmehr mit dem Begriffe causa dieses Wort auf das bezogen, dessen causa es ist, und es im Verhältniß hierzu gedacht, mit Nothwendigkeit etwas Vergangenes, Früheres sein muß. Dies nun, daß die causa etwas Früheres, bereits Vergangenes sein müsse, liegt klar und unmittelbar vor Augen, auch in jenen Worten Ulpians, wenn er sagt: *subsit* tamen causa. Eine causa, die sub*est*, kann doch nicht zugleich eine *futura* sein, sie muß nothwendig schon jetzt und gegenwärtig da sein.

Warum Gans und mit welchem Rechte voraussetzt, die causa bedeute etwas Zukünftiges, dies erklärt er gar nicht. Wir sollen hierbei also seiner Auctorität glauben. Allein warum fordert er hier mehr für sich, als er Andern zugesteht, indem er deren Auctorität in dieser Sache ohne Beweis nicht gelten lassen will? Unbestreitbar indeß involvirt die Annahme von Gans, daß die causa ein futurum sei, einen innern Widerspruch, denn die causa, quae subest, soll nach ihm doch noch etwas Zukünftiges sein, sie soll also noch erst werden. Sein und Werden aber können nicht einer-

lei sein; sie beide einem Gegenstande beilegen, heißt einen innern Widerspruch formiren.

Nun wird aber auch nicht, wie Gans vorgiebt, behauptet, daß es eine causa contractus gebe, sondern eine causa, die ist es, warum aus der conventio ein contractus entsteht. Jene causa aber liegt keineswegs in dem „einseitig geschehen", vielmehr in dem „Geleistetsein", das sich ereignete in Folge einer Zweiseitigkeit. Nicht also, weil wegen einer künftigen Leistung etwas gegeben worden *), sondern überhaupt, weil geleistet ist, soll das Geschäft ein contractus geworden sein. Nicht etwa ja, weil die mutua pecunia zurückgegeben werden muß **), ist das mutuum ein contractus, sondern weil sie hingegeben ward, darum ist aus der conventio ein contractus geworden. So wie beim mutuo, so ist gleichmäßig bei den andern Realverträgen nach der Leistung außer der conventio auch noch eine causa vorhanden, und somit ein contractus, welcher contractus erst die Folge hat, daß, so wie das mutuum zurückgefordert, so eines contractus innominatus Erfüllung gefordert werden kann.

Seite 190. haben wir wieder zu erinnern, daß nicht die Zweiseitigkeit die alleinige Bedingung der obligatio civilis sein kann, wie so zuversichtlich behauptet wird, denn diese Bedingung ist bei allen pactis nudis ebenmäßig vorhanden, wie bei der emtio, locatio u. s. w. Vielmehr liegt

---

*) Dies ist es mitunter gar nicht einmal, wie in dem bereits oben angeführten Beispiele gezeigt worden. Wenn nämlich **A** gerne die Leistung des **B** hätte, und diesen zu derselben beredet, letzterer auch nur aus Gefälligkeit einwilligt und zuerst seine Leistung vornimmt, so ist doch diese nicht wegen respectu der Gegenleistung gemacht!

**) Das ist lediglich die Folge, nicht der Grund des contractus.

jener Grund in dem Umstande, daß zu der Zweiseitigkeit — der Grundbedingung einer jeden conventio, oder eigentlicher: diese selbst — noch eine Leistung hinzugekommen. Nicht also die zweiseitige Uebereinkunft *) — eine einseitige conventio, eine einseitige stipulatio, ein einseitiges mutuum ist ebensogut ein Unding wie ein hölzernes Eisen — an sich und allein bewirkt eine actio praescriptis verbis, denn diese erhebt keinen Vertrag außer denen s. g. contractus consensuales über die Gränzen des pacti nudi hinaus, sondern dies thut erst die in Folge der Uebereinkunft gemachte Leistung — eigentlicher: hierdurch entsteht der contractus, und dieser erzeugt eine Klage.

In der hier erläuterten Stelle fr. 8. cit. ist keineswegs gesagt, daß alles auf die Lex contractus ankomme. Obwohl es überall bei einer jeden conventio von einer Lex contractus sich handelt, weil man sonst ja nicht wissen kann, was die Parteien wollen, so war diese Lex contractus in dem Falle des fr. 8. nicht klar kenntlich. Nun lege man, dies wissend, den von Gans auf certa lex gelegten Nachdruck von dort auf *dari*, und die Sache wird sich vollständig und sehr gut erledigen, und zwar auf eine mit allen bekannten gesetzlichen Bestimmungen mehr harmonische Weise.

Das citirte fr. 15. redet, genau besehen, gegen Gans. Nur müssen wir die Stelle wieder ganz lesen. Nach Gans soll nämlich daraus folgen, daß nicht in der Thatsache des Gebens (Leistens) das Bedingende des negotium des pacti liege, sondern in der bedungenen zweiseitigen (?) Handlung u. s. w. — was paraphrasirt heißen möchte: der consensus, die conventio erzeugt die actio. Allein nicht so. Die Stelle heißt:

Solent qui noverunt, servos fugitivos alicubi celare,

---

*) Schon diese Bezeichnung ist eigentlich ein Pleonasmus.

indicare eos dominis, ubi celetur — quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem hujus rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc, quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet condictionem. Quod si solutam quidem nihil est, sed pactio intercessit, ob judicium, hoc est; ut si judicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus an possit agere. Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod, ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis.

Danach ſoll es niemanden zum fur machen, wenn er Wiſſenſchaft um den Aufenthalt eines servus fugitivus hat. Auch ſoll es nichts Unerlaubtes ſein, wenn, wie es zu geſchehen pflegt, der Wiſſende für die Anzeige des Aufenthaltsortes des fugitivus ſich etwas geben laſſen. Daher hat der Empfänger ſolcher Gabe nicht zu fürchten, daß mit der condictio sine causa oder ob turpem causam ihm etwas von jenem donum abgeſtritten werde. Wenn nun aber — bisher ward vorausgeſetzt, es ſei bereits das Verſprochene gegeben, ſo daß es ſich nur von deſſen Zurückforderung handeln konnte — noch nichts wirklich hingegeben, ſondern für die Anzeige und den Fall des Ergreifens des Fugitivus etwas bloß verſprochen worden, ſo fragt es ſich, ob der Anzeiger auf Leiſtung des Verſprochenen klagen könne. Dies wird in obiger Stelle von Ulpian bejaht, darum bejaht, weil die conventio eine non nuda ſei, und daher wird die actio praescriptis verbis zugeſtanden. Um dieſen Ausſpruch Ulpians richtig zu finden und um zugleich das Falſche der Anſicht von Gans zu erkennen, darf man die Stelle nur anſehen. Es war für den Fall ja nur etwas verſprochen: si judicasset (qui novit, ubi celentur fugitivi), apprehensus-

que esset fugitivus, es ist also evident, daß vor der judicatio, vor der apprehensio nicht von einem Anspruch geredet werden konnte, denn sonst hätte die conventio bedingen müssen: si judicaturus esset. Vorliegend aber war des Klägers Anzeige geschehen, die apprehensio war erfolgt, die praestatio des Klägers war mithin geleistet. Darum war nun die conventio nicht mehr nuda, wie Ulpian dies ja sagt; sie war durch die Leistung zum contractus innominatus geworden, und dieserhalb war die actio praescriptis verbis gegründet. Gans setzt bei seinem Raisonnement offenbar voraus, es sei noch nichts geleistet, allein das Irrthümliche solcher Meinung liegt zu Tage, denn bei dieser Voraussetzung wäre die conventio nuda gewesen, während Ulpian sie doch für eine non nuda erklärt. Es war der vorliegende Fall einer unter der Formel: facio ut des. Nachdem sich das feci ergeben, entstand der contractus, mit diesem eine Klage. Indem also hier eine actio zugestanden wird, und dies aus dem Grunde, weil die conventio eine non nuda war, weil die Erfüllung geschehen, so spricht dies ganz gegen Gans, der nämlich nicht in der Leistung, sondern in der bloßen Aehnlichkeit der conventio mit einem bonae fidei negotio den Klagegrund findet *). Allein nach dieser Annahme abgesehen davon, daß dieselbe den Worten des Fragments widerspricht, wäre nicht nur ex pacto nudo eine actio entstanden, sondern auch ohne Leistung des Klägers wäre diesem ein Anspruch auf die Gegenleistung eingeräumt, was ja bei keinen zweiseitigen Verträgen, nicht einmal der emtio, Statt hatte **).

---

*) Auch diese Stelle enthält wiederum einen Beleg, daß auch bei facio ut des eine actio civilis, eine praescriptis verbis gegeben sei, was zu behaupten oben versucht wurde.

**) Mackeldey Lehrb. des röm. Rechts 8. Aufl. §. 362. — Cf.

So wahr es ist, was Gans S. 191 bemerkt: daß nicht in der Thatsache des Gebers allein das Bedingende der Klagbarkeit liege, so wahr ist es aber auch, daß dasselbe nicht einzig in der conventio und der letztern Aehnlichkeit mit einem bonae fidei negotium liegen könne. Es liegt dies Bedingende in keinem der beiden, sondern nur und lediglich

---

oben §. 17. Dürfte danach nicht der übrigens sehr richtige Ausspruch Mackeldey's bei dem Vermiethen einer Sache und dem Miether von Diensten, also in zwei Fällen, eine Ausnahme leiden?

Der Verf. ergreift hier die Gelegenheit, das anscheinend Irrige einer Darstellung Mackeldey's, seines würdigen und hochverehrten Lehrers — dessen er sich stäts dankbar erinnern wird — zu erwähnen, zum Beweis wie auch große Rechtslehrer kleinen Irrthümern unterworfen bleiben. Indeß hält Mackeldey ja, wie Recht, selbst soviel darauf, daß man mit den Worten auch richtige Begriffe verbinden soll. Im §. 329. Note c. seines bekannten Lehrbuchs sagt Mackeldey: „obligatio heiße auch wohl die „über eine Forderung ausgestellte Urkunde", und beruft sich dieserhalb auf **c. 7. C. de non. nem.** (4. 31.), welche so heißt: **Si quasi accepturi, mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, *per condictionem obligationem repetere*, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.** Nun ist aber in dieser Stelle von einer Scriptur gar nicht die Rede, sondern von einer **stipulatio. Cavere** heißt nämlich stäts in diesem Sinne soviel wie **promittere per sponsionem**, oder überhaupt sicher stellen. Es wird nun schon Zweifel erregen, daß hier neben der **cautio (stipulatio)** noch eine **scriptura** sollte gefordert und somit Form auf Form gehäuft worden sein; allein das **condicere, repetere obligationem** hat überdies einen ganz andern Sinn. Es bezieht sich dies **condicere** nämlich hier auf den Obligations**nexus**, nicht auf die denselben nur erzählende, bildlich darstellende Urkunde. Jener Nexus kann aufgerufen, repetirt, condicirt werden, d. h. es kann mit einer persönlichen Klage dessen Aufhebung, die **liberatio**, gefordert werden, und nur dies scheint der Kaiser Alexander haben rescribiren wollen. **Cf. fr. 1. p. D. 12. 7.** Eine solche **condictio** war denn natürlich eine **incerti fr. 3. ib.** So heißt auch **pignoris obligatio in fr. 28. D. 48. 10.** wohl nicht der Pfand**brief**, sondern der Pfand**nexus**. **Cf. fr. 23. D. 20. 1.**

in deren Verein. Falsch und unrichtig ist es dieserhalb auch wieder von Gans, wenn er sagt, das Gegebenhaben, Gethanhaben, als solches, thue nichts zur Sache, und er darf sicherlich hierbei auf die Auctorität des Paulus sich nicht berufen. Sagt der Letztere nämlich in fr. 5. cit. auch nur von do, facio, und nennt nicht dedi, feci, so dürfte doch mit einigermaßen gutem Willen überall nicht zu verkennen sein, daß er bei seinen Erörterungen nur ein dedi und feci vorausgesetzt und gemeint hat, sobald er von Existenz einer wirklichen obligatio spricht *).

Es klingt in der That fast sonderbar, wenn man nach S. 192. mit Gans voraussetzen soll, daß Paulus bei dem Falle facio ut des keine Aehnlichkeit mit einem bonae fidei negotio gefunden habe. Das lautet nicht anders, als ob Paulus seinen tractatus ob rem dati in hastigem Eifer und ohne in dieser eifrigen Hast sich die Zeit für gehörige Ueberlegung dessen, was er sage, zu gönnen — was er doch für ein Publicum schrieb, das seine Meinung wohl zu würdigen verstand. Nun hält Gans diese seine Erklärung noch für ganz einfach **)! Sollte aber, was ihm doch so nahe lag, daß fast unmöglich zu übersehen war, Paulus, der von do ut facias bei der locatio redet, nicht an das darin

---

*) Man vergleiche nur einmal dessen Erklärung in besagtem fr. 5. Da sagt er §. 1.: **in qua actione id veniet, non ut *reddas*, quod *acceperis*** (da mußte doch bereits gegeben sein) .... **Sed si scyphos *dedi* .. §. 2... pecunia *data* .. §, 3... posteaquam *feci*** .... Unterlassen wir es, hierbei noch weitere Beweise anzuführen, da sie überall nicht mehr nöthig sein dürften. **Cf.** übrigens Hugo Rechtsgesch. §. 120.

**) Freilich ist eine solche Interpretationsmanier einfach, insofern man damit in Erklärung der Pandecten und des römischen Rechtes schnell zu Stande kömmt. Allein wenn die Einfachheit einer Ansicht in deren faßlicher Wahrscheinlichkeit liegt, so möchte dies an der Ganzischen Interpretation nicht zu rühmen sein.

liegende facio ut des, sollte er nicht daran gedacht haben, daß man seinen Fall, si *res* data sit, ut tabulam pingat, auch umkehren könne in: si tabula picta sit, ut rem des! Das ist kaum denkbar. Eben darum sind wir berechtigt, die Erklärung von Gans nicht nur für nicht einfach, sondern für höchst künstlich und geschraubt, d. i. unwahrscheinlich zu erachten — denn sie setzt eine Oberflächlichkeit und eine Nachlässigkeit des Paulus voraus, die wir unmöglich annehmen dürfen.

Bei der Erklärung des fr. 3. §. 4. D. 12. 4., welche Gans S. 193. giebt, ist wieder zweierlei Wesentliches zu erinnern.

1) Nicht darum gestattet Ulpian eine Klage, weil vorliegend das Geschäft mit einer locatio condictio Aehnlichkeit hatte — in welcher Rücksicht wir uns auf die oben bereits versuchte anderweite Erklärung dieser Stelle beziehen. Vielmehr hatte das hier zur Sprache kommende Geschäft eine manumissio, wahrlich nicht die geringste Aehnlichkeit mit einer locatio operarum. Es ist daher auch wohl zu gelinde von Gans gemeint: daß die Handlung des Manumittirens nur nicht locari solita gewesen sei. Die manumissio, als körperliche Handlung, als ein Gebrauch der Glieder und Körper-Kräfte des Manumittirenden zum Ende des nöthigen Ritus, kam ja doch wohl nicht in Betracht, sondern der Erfolg derselben, nämlich das Aufgeben des Sclaven, die libertas des Letztern. Nur wegen dieser letztern Erfolge geschah das dare — und so kann nicht daran gedacht werden, die manumissio mit einer locatio operarum nur irgend in Vergleich zu setzen *).

---

*) Wer möchte bei einem Kauf z. B. die Handlung, den Act der Tradition, für das Wesentliche halten, da doch nur das zu tradirende Object in Betracht kommt!

2) Besonders muß man sich gegen die hier von Gans dem Worte condictio gegebene Bedeutung erklären. Um, so scheint es, die Richtigkeit seiner frühern diesfälligen Behauptungen: daß nämlich aus einem contractus bonae fidei keine condictio entstehen könne, zu retten, welche Behauptung hier von Ulpian deutlich genug durch die That niedergelegt wird, hat Gans keinen Anstand, diesem Ulpian eine Absurdität in den Mund zu legen. „Ja sogar, sagt Ulpian, „auch wenn ich nicht etwas gab, damit du manumittirest, „es aber abgeredet war, daß ich etwas geben solle, soll überdies dir (versteht sich manumisso vel defuncto servo) die„jenige Klage zustehen (nach Proculus), welche an sich aus „einem solchen Vertrage entspringt, d. h. eine condictio." Da soll nun, meint Gans, dies condictio den allgemeinen Sinn wie actio haben. Wenn dies wäre, so würde Ulpian uns ungefähr Folgendes referiren: „Selbst in diesem Falle „wirst du eine Klage haben, die aus vorliegendem Contract „entsteht — d. h. eine Klage" — also etwas rein Absurdes.

Es wird daher nöthig sein, zur Ehrenrettung Ulpians dieser condictio einen andern Sinn unterzulegen. Wir werden also annehmen müssen, Ulpian habe gesagt, es finde, weil ex contractu geklagt worden, eine persönliche Klage Statt, die ja mit condictio dasselbe ist (und zwar wahrscheinlich eine condictio certi, weil nach dem Anfang der Stelle pecunia gegeben war, das hier — decem viginti — also nur certa sein mochte) — und in der That ist dem so.

Um endlich auf sein jus poenitendi zu kommen, d. h. um diejenige Gestalt und Erscheinung zu erklären, unter welcher dasselbe ihm sich dargestellt, läßt Gans S. 198. eine donatio und eine obligatio sich förmlich begatten; und — nichts ist natürlicher — die Frucht dieser widernatürlichen

Umarmung ist hier, wie bei Pferd und Esel das Maulthier, die Zwitter- und Un-Gestalt: jus poenitendi.

Daß dieser Erklärung an Originalität und Genialität nichts abgehe, wird niemand bestreiten wollen. Wir finden indeß nach dem Bisherigen nicht nöthig, dabei zu weilen, weil wir genugsam versucht, unsere Ansicht der Sache hervorzuheben, und diese letztere, sollte sie nicht auch schon jetzt, gegenüber der von Gans, ihre Richtigkeit sich vindiciren, an sich nichts taugen kann. Wir wollen uns nur gestatten, die Berichtigung eines andern Irrthums hier noch zu versuchen. Gans setzt nämlich das Wesen der donatio dahin: daß dieselbe nur während des Gebens durante actu dandi bestehe, meinend, daß sich hieraus alle Phänomene bei derselben erklären ließen, z. B. daß der Schenker keine Eviction zu prästiren habe u. s.w. Allein zunächst ist der Grund, warum der Schenker eine Eviction nicht zu prästiren hat, kein anderer als: ne liberalitatis suae poenam patiatur, woher dieselbe sogar alsdann wegfällt, wenn der Beschenkte selbst Schaden durch die Schenkung erlitt *). Fiele aber die Evictionsleistung aus dem Grunde weg, weil nach Gans keine Spur mehr von der Schenkung nach dem Act des Schenkers da wäre, so müßte dies z. B. gleichmäßig beim Kauf sein, sobald dieser von beiden Seiten erfüllt ist — denn welche Spur ist hier etwa mehr übrig als bei der donatio? Das aber ist vielmehr ein sicheres Zeichen irgend einer noch vorhandenen Spur, d. h. eines fortdauernden Verhältnisses, auch noch nach der datio doni, daß der Schenker wegen grober Undankbarkeit revociren darf. Ist nun diese Spur etwa weniger bedeutend als jene, welche sich in den Folgen des Kaufs etwa bei einer laesio enormis findet?

Daß eine donatio nur immer in *dando* bestehen könne,

---

*) fr. 18. §. 3. D. de donat. (29. 5.)

ist auch nach einer andern Seite hin nicht wahr, weil Rechte und unkörperliche Sachen ebenwohl geschenkt werden können und bei diesen doch von einem *dare* als solchem nicht die Rede sein kann, z. B. beim Erlaß eines Anspruches *).

Indem Gans S. 200. flg. fortfährt, das jus poenitendi auf seine Weise zu erklären, wird dabei nicht nur dies selbst von ihm als eine Zwittergeburt angesehen, sondern nach den dortigen Erklärungen sollen auch die Innominatverträge halbe Obligationes und halbe Donationes sein, also zum wirklichen Zwittergeschlecht gehören. Ja es soll dabei sogar lediglich davon abhängen, ob man den Ton auf die Schenkung oder den modus, die causa lege. Dies alles genauer zu beleuchten, scheint nicht nöthig, da, was für unsern Zweck genügen wird, es nicht schwer werden kann, nämlich durch einen Vergleich der Ganschen und der hier versuchten Erörterung, die Wahrheit zu erkennen — wenn solche überhaupt in einer derselben sein sollte.

Umsomehr aber dürfen wir unsere Darstellung und Kritik hier schließen, weil die Ganschen Deductionen, zu denen er nach S. 200. übergeht, meist und hauptsächlich Resultate seiner frühern Lehren sind, und somit es lediglich darauf ankommen wird, inwiefern diese letztere ihre Allgemeingiltigkeit mehr oder weniger zu vindiciren im Stande sind, worüber ein Urtheil uns nunmehr nicht weiter zukömmt.

---

*) fr. 9. pr. fr. 27. 28. Dht. (39. 5.) fr. 2. 3. D. pro donato (41. 16.).

Druckfehlerverzeichniß.

Es wird gebeten, die hier verzeichneten Druckfehler zu verbessern und mit andern durch die Entfernung des Verfassers vom Druckorte geneigtest zu entschuldigen.

Seite 1 Zeile 16 anstatt: zwiefaltigen, lies: zweihaltigen.
= 4 = 10 v. u. anst. nur l. und.
= 10 = 3 v. u. anst. nach l. noch.
= 13 = 17 anst. weiteres l. anderes.
= 23 = 4 v. u. anst. deren l. denen.
= 26 = 16 anst. Aufschluß l. Ausfluß.
= 27 = 1 anst. promisse l. promissa.
= — = 13 anst. das letztere l. des letztern.
= — = 6 v. u. anst. und l. nur.
= 33 = 7 anst. und l. nur.
= 35 = 18 anst. nur l. nun.
= 36 = 1 anst. nur l. und.
= 37 = 5 anst. transscriptum l. transscriptitium.
= — = 20 anst. Klimemen l. Klimmen.
= 40 = 13 v. u. anst. nachschickte l. nachhinkte.
= — = 11 und 4 anst. und l. nur.
= 42 = 5 anst. seiner l. seine.
= — = 13 anst. demnach l. dennoch.
= — = 19 anst. Rechtens l. recht und.
= 51 = 8 v. u. anst. müßte l. möchte.
= 53 = 12 anst. und l. um.
= 54 = 12 anst. nur l. und.
= — = 20 anst. Gesellschaften l. Gesellschaftern.
= 56 = 9 anst. Handwerkes l. Handwerkers.
= — = 5 v. u. anst. Creditiv l. Creditiven.
= 57 = 12 anst. selber l. selten.
= 60 = 13 anst. die letztern l. der letztere.
= 61 = 10 anst. nur l. und.
= 64 = 8 v. u. anst. possessorium l. possessionem.
= 66 = 2 anst. num l. vom.
= 72 = 15 v. u. anst. darum l. dauern.
= — = 12 — anst. hat l. fort.
= 73 = 3 — anst. von l. nun.
= 82 = 2 anst. voco l. vero.
= 85 = 7 v. u. anst. entweder l. mitunter.
= 87 = 12 anst. demnach l. dennoch.
= 91 = 5 v. u. anst. Alternation l. Alternative.
= 96 = 15 anst. is non facit l. si non facis.

Seite 103 Zeile 13 anstatt: immer, lies: einer.
= 106 = 7 anst. nur l. um.
= 108 = 10 anst. Alteration l. Alternative.
= 109 = 10 v. u. anst. nur l. und.
= 110 = 13 ist Gegenleistung zu streichen.
= 111 = 4 anst. tradirte l. tendirte.
= 112 = 6 anst. producirt l. condicirt.
= 128 = 13 anst. restituisse l. resiluisse.
= 129 = 14 anst. immer l. nimmer.
= 156 = 3 anst. nur l. und.
= 159 = 12 v. u. anst. immer l. nimmer.
= 160 = 16 anst. nur l. und.
= 163 = 2 v. u. anst. immer l. einen.
= 165 = 16 anst. solchen l. falschen.
= 167 = 13 v. u. anst. war l. wenn.
= 171 = 11 anst. oben l. eben.
= — = 17 anst. niedern l. mindern.
= 173 = 7 anst. dennoch l. demnach.
= 175 = 13 anst. mäßige l. müßige.
= 195 = 8 v. u. anst. feierlich l. freilich.
= 196 = 6 — anst. Nun l. Nur.
= 198 = 10 — anst. von l. uns.
= 199 = 18 anst. den l. der.
= — = 20 anst. der cont. l. den cont.
= 209 = 4 v. u. lies: eine mit der frühern gleiche Quantität.
= 215 = 8 — anst. Vorwenden l. Verwenden.
= 232 = 9 — anst. nur l. und.
= 236 = 4 anst. Feierlichkeit l. Einerleiheit.
= 239 = 13 v. u. anst. auch l. auf.
= 254 = 14 anst. nun l. nur.
= 266 = 14 v. u. anst. jenem l. jener.
= — = 5 — anst. das l. des.
= 268 = 13 — anst. Umstand l. Anstand.
= 271 = 5 anst. eine l. einer.
= 280 = 17 anst. Gleichsinn l. Gleichsein.
= 281 = 1 anst. immer l. nimmer.
= 294 = 11 anst. nun l. nur.
= 309 = 14 v. u. anst. einfordern l. erfordern.
= 311 = 11 anst. condictis l. creditis.
= 315 = 9 v. u. anst. nun l. nur.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schmitthenner, Carl

Ueber Verträge, insbesondere das Reuerecht, nach römischen und deutschen Grundsätzen Nebst einem Anhange gegen Dr. E. Gans

Gießen 1831

J.rom.m. 461 p
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567117-5